المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور

للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف
أحمد الحبتور
للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD
AL HABTOOR
FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

4

الملخص الفقهي

مسجد مركز الفاروق عمر بن الخطاب

هاتف: 4448 394 4 971+ فاكس: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

[باب فيما يثبت الوطء به]

ويثبت الوطء بخلوة البناء إن أقرا به اتفاقًا: وكذا لو أنكره وادعته، وهي ثيب أو بكر[1]، وصوب اللخمي رواية ابن وَهْب، وابن أبي أويس ينظرها النساء، فإن رأين أثر افتضاض صدقت وإلا صدق.

وفيها: تصدق بالخلوة، ولو كانت محرمة أو حائضًا أو في نهار رمضان إذا كانت خلوة بناء.

اللخمي: يريد في غير الصالح المعروف بالخير إن أقرت بعلمه حيضها قبل ذلك، وقبول ابن عبد السلام تخريج بعضهم قبول قوله منه في اختلافهما في طلاقها طاهرًا أو حائضًا واضح الرد بقيام مثبت قولها في المهر، وهي الخلوة وفقده في الطلاق.

وفي كون تصديقها بيمين أو دونها، ثالثها: إن لم تكن صغيرة، لابن رُشْد في سماع أَصْبَغ عن مالك مع أصحابه وأحمد بن المعذل قائلًا: لا وجه له إلا رعي القول بوجوبه بنفس الخلوة، ونقله.

قُلتُ: حكى عبد الحق قول أحمد ولم يضعفه، وفي المقدمات عن بعض المتأخرين: لا يمين عليها مطلقًا.

ابن محرز: دلالة الخلوة على الوطء كدلالة القمط لصاحب العقد، والشبه في متاع الزوجين، والوصف في اللقطة، وفي كونها كشاهد واحد أو كبينة تامة خلاف.

وفي قبول قولها في خلوة الزيارة ثالثها: إن كانت في بيته، ورابعها: إن كانت ثيبًا، وإلا نظرها النساء كما مر لابن رُشْد عن أحد قولي مالك مع الأخوين، وابن عبد الحَكم، وأَصْبَغ، وعيسى بن دينار، وابن القاسم مع أحد قولي مالك، ورواية القاضي، وعزا المتيطي الأول أيضًا لابن وَهْب كالمقدمات والثالث للمدَوَّنة. قال: وخامسها لابن خويز منداد القياس سقوط قولها والاستحسان قبوله بيمينها، وفي المقدمات عزو

---

(1) قال الرَّصاع: قال: بخلوة النساء إن أقر به وهذه خلوة الاهتداء، وأما الزيارة فذكر ما فيها من الخلاف، انظره.

الرابع لرواية ابن وَهْب، وعلى قبول قولها إن كانت صغيرة.

قال ابن رُشْد: حلف الزوج وأدى نصف المهر إلى أن تبلغ فتحلف، وتأخذ النصف الثاني، فإن نكلت لم يحلف الزوج ثانية، وإن نكل أولًا غرم كل المهر، ولا يمين له عليها إن بلغت كصغير قام له شاهد بحقه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من ظهر بامرأته بعد طلاقه إياها قبل البناء حملٌ زعمت أنه منه، وأنه كان يأتيها في أهلها لحق به حملها، ولا إرث لها، ولا تمام صداق.

ابن رُشْد: قوله: (في الحمل) صحيح إذا كان إتيانه إياها يمكن على قوله في المدَوَّنة، وقال محمد: الصواب أن لها تمام المهر والميراث إن مات قبل انقضاء العدة، وروى مثله زياد بن جعفر في المدنيَّة، وهو على أصولهم في رفع التهمة بلحوق النسب، كقولهم فيمن أقر في مرض موته بحمل أمته أنه منه ورثته كلالة أنه يعتق من رأس ماله، وقولهم في الملاعن يستلحق ولده بعد موته وله ابنة أو ولد أن له ميراثه مع الابنة أو الولد بخلاف استلحاقه إياه ولا ولد له ولا ابنة على ما في نوازل سَحنون من كتاب الاستلحاق، وقول ابن القاسم هنا وفي المدَوَّنة أظهر إذ لا ضرر على المرأة في لحوق النسب بزوجها تسقط تهمتها على دعواها المنفعة بالإرث، وكمال المهر وسقوط حدها بالسنة، ولو وافقته بعد الخلوة على عدم مسيسه؛ ففيها لمالك إنما عليه نصف المهر إن لم يطل تلذذه بها.

المتيطي: إن كانت رشيدة صدقت، وإن كانت سفيهة ففي الواضحة: صدقت، ونحوه لعبد الملك في الثمانية، وقال مُطَرِّف: لا يقبل قولها لإسقاطها ما وجب لها، وقاله سَحنون فيها وفي الأمة.

قُلتُ: في ثالث نكاحها، وإرخاء الستور: إن أكذبته في دعوى المسيس في خلوة البناء فلها أخذه بكل المهر أو نصفه.

ابن رُشْد وغيره عن سَحنون: ليس لها أخذه بجميعه حتى تكذب نفسها وتصدقه.

المتيطي: وقاله ابن الماجِشُون، أبو عمران: هو تفسير ابن رُشْد لما في رهونها لابن القاسم، ونحوه لأشهب.

عياض: أكثر الشيوخ على أنه وفاق، لقولها في إرخاء الستور: إن ادعى من لم يعلم له بزوجته خلوةٌ مسيسها وأنكرته، وقد طلقها لها النفقة، والسكنى إن صدقته لكنه لأشهب، وهو محتمل وبينهما فرق بديع، ولابن القاسم في كتاب الرهون في اختلاف المتبايعين في تأجيل الثمن، يؤخذ المشتري بما أقر به حالًا؛ إلا أن يقر بأكثر مما ادعى البائع فلا يكون له إلا ما ادعى.

ثم قال في قولها في إرخاء الستور: إن لم تصدقه فلا نفقة لها ولا كسوة، أخذ الشيوخ من هذه وفاق ابن القاسم لسَحنون في المسألة المتقدمة وبينهما فرق، وهو أن المهر حق مجرد اعترف لها به في ذمته والنفقة والكسوة من توابع العدة، ولا تجب عليها إلا باعترافها فكيف تطلبه بهما، وهي تكذبه وتتزوج غيره.

قُلتُ: تقريره الفرق بين الإقرار بحق لا يوجب على المقر له حقا، ولا يستلزمه وبينه موجبًا له، ومستلزمًا له؛ فالحكم بالأول دون موافقة المقر له لا يوجب إضراره أو وجود ملزوم دون لازمه، والحكم بالثاني دون موافقته يوجب إضراره أو وجود ملزومه دون لازمه فالحكم عليها بالعدة مع النفقة دون موافقتها إضرار بها في الحكم عليها بالعدة، والحكم لها بالنفقة دون الحكم عليها بالعدة حكم بثبوت الملزوم دون لازمه، وكلاهما غير صحيح، والحكم لها بكمال المهر مع تكذيبه لا يلزمه شيء من الأمرين.

ويرد تمسكهم بمسألة الرهون بالفرق بين نفي المقر له ما أقر له به بمجرد دعوى نفيه فقط وبين نفيه بدعوى ثبوت مضاده، فالأول غير معارض لإقرار المقر فيجب الحكم بإقرار المقر لسلامته عن المعارض كبينة بإثبات حق عورضت ببينة بمجرد نفيه، فإنه يحكم بالمثبتة؛ لأن البينة بمجرد النفي لغو ونفيه بإثبات مضاده معارض له بهذا لا يحكم به عملا بالمعارض كبينة بإثبات حق عورضت ببينة بإثبات ضده، فإنه لا يحكم بها؛ بل بالتي هي أعدل فحكم لها بكل المهر بإقراره به دون موافقتها؛ لأن الصادر منها مجرد نفي ما أقر لها به، وعدم الحكم للبائع بالزائد مع إقرار المبتاع بذلك لنفي البائع ما أقر له به بما يناقض إقرار المقر؛ لأن المبتاع أقر به مؤجلًا مع المزيد عليه، والبائع نفاه بإثبات مضاده، وهو حلول أجله، وعلى وفقه على تصديقها إياه.

قال ابن رُشْد: من سبق منهما للرجوع لقول صاحبه صدق؛ إن سبقت بالرجوع لقوله وجب لها كل المهر دون يمين أقام على قوله أو نزع عنه، وإن سبق بالرجوع لقولها: سقط عنه نصفه، ولا يمين عليه أقامت على قولها؛ أو نزعت، وقيل لها أخذ ما أقر لها به، وإن أقامت على إنكارها، وهو أحد قولي سَحنون في نوازله من كتاب الاستحقاق، وقيل: لا يحكم لها بما أقر لها به، ولو رجعت لقوله، وصدقته إلا أن يشاء. قاله ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الدعوى في الورثة، ولا فرق.

قُلتُ: هو سماعه من ادعى على رجل مائة دينار وديعة فقال: بل هي قراض لك في ربحها خمسون فلم يقبلها استؤني بها لعله يقبلها، فإن أبى تصدق بها، فإن مات فأحب وارثه أخذها فله ذلك إن أحب المقر دفعها إليه.

ابن رُشْد: في أخذه الخمسين دون رجوعه لتصديق المقر أو حتى يصدقه، ثالثها: هذا إن رضي المقر بدفعها له، لسَحنون في كتاب الاستحقاق، ولأحد قوليه مع الآتي على ما لابن القاسم في الرهون منها، ولأشهب في إرخاء الستور منها، وظاهر قول ابن القاسم هنا فيه، وفي وارثه مع نص سماع عيسى من كتاب النكاح انتهى.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة بزيادة فيه، وهو مشكل إذ ليس في السماع تخيير المقر إلا مع الوارث فقط، وسماع عيسى هو من تزوجت ولها ولد فولدت من هذا الزوج ولدا فمات الأول وطلب الزوج إرث ابنيه منه فزعمت أنها لم تلده، وأنه ولد كان لسيدها ترضعه، فأقام الزوج بينة أنه ابنها؛ ثبت إرث ابنه منه، فإن قالت بعد ذلك هو ابني لم يقبل قولها بعد إنكارها، وميراثها منه لكل من يرث الصبي ابنها وغيره.

ابن رُشْد: ليس للأم أن تستلحق ابنا، ولو لم يتقدم إنكارها إياه، ولا تستحق منه إرثًا باستلحاق، ولا ببينة بعد إنكارها، على هذا يحمل قوله، ولا يلتفت لما يدل عليه ظاهره من خلاف ذلك، وإذا بطل إرثها منه ورثه ورثته غيرها كمن لا أم له.

وقوله: (ميراثها منه لكل من يرثه ابنها وغيره) فيه نظر؛ لأن ابنها من الزوج أخ له لأمه فميراثه منه السدس فكيف يصح له أن يكون له من حظ أمه شيء فيرث أكثر من السدس، هذا غير صحيح، وإنما يصح قوله إن دخل الفريضة عول بميراث الأم ينتقض سدس ابنها، فإذا بطل ميراثها تم له سدسه إن ارتفع العول أو ما يجب له من

تمامه كما لو ترك أمه وأخوين لأم أحدهما ابن الزوج وأختين لأب قامت بذلك بينة، وتنكر الأم كون الميت ابنها فالفريضة على ثبوت إرثها من ستة تعول لسبعة يرجع سدس كل واحد من الأخوين للأم سبعًا، فإذا بطل إرثها بإنكارها سقط العول وعاد كل ذي حظ لحظه كاملا لا وجه لقوله إلا هذا.

قُلتُ: يبطل حصره صدق قوله فيما ذكر بصدقه بكونها ما ولدت الميت، وهي أمة، ثم عتقت، ثم ملكته ومات أو كان أعتقه أن للزوج وأختا الميت لأبيه، ولا وارث غيرهم ولا عاصب له بنسب فيهما.

وقوله: أولًا "نص في سماع عيسى" مع "قوله" لا يلتفت لما يدل عليه ظاهره من خلاف ذلك" متناف؛ لأن دلالة اللفظ على شيء نصا ينافي دلالة ظاهره على خلافه.

وفيها: إن أقر بعد طلاقها بوطئها، ولم يعلم له بها خلوة وأكذبته فلها أخذه بكل المهر ولا عدة عليها.

الصقلي عن القابسي: من بنى بمن نكحها بذي غرر وأنكر وطأها، وادعى غرم مهر مثلها، وفسخ نكاحه لإقراره بنفي موجب إمضائه، ولو ادعاه لم يفسخ ولو أكذبته.

وفيها: إثر ذكر قبول قول الحائض والمحرمة، وكذلك قال مالك في المغصوبة تحتمل بمعاينة بينة، ثم تخرج فتقول وطئني غصبًا، وهو ينكر فلها المهر، ولا حد عليهما.

اللخمي: إن ثبت وطؤه الحرة غصبا بإقراره أو بأربعة شهداء بمعاينة الوطء لزمه مهرها، وما دونهم لغو؛ لأنهم قذفة ويصير الأمر بمجرد دعواها وشاهدان على إقراره.

قال محمد عن ابن القاسم: يجب بهما مهرها؛ لأن الشهادة وإن لم تتم في الحد على أحد القولين فالصحيح بقاء عدالتها؛ لأنها لم تشهد بمعاينته، وإن شهد واحد باعترافه حلفت واستحقت، وفيه خلاف كشاهد بسرقة يشهد يسقط الحد، ويستحق المال بيمين.

قُلتُ: ثبوت حلفها مع شاهد بإقراره إن كان نصًا فواضح، وإن خرجه على الشاهد بالسرقة رد بأن السرقة لا تبطل عدالته اتفاقًا، وفي سقوطها في الإقرار بالزنا خلاف حسبما ذكره.

قال: وإن شهدا بمعاينة غيبته عليها غصبًا صدقت في الإصابة، واختلف في يمينها، ونفيها أحسن إلا أن تكون بكرًا فينظرها النساء.

الصقلي في الموازيَّة: وتحلف ويؤدب، وعزا ابن محرز حلفها لرواية ابن القاسم، وإن تجردت دعواها عن مطلق شهادة، فإن ادعته على صالح لا يليق به ذلك غير متعلقة به؛ فقال ابن رُشْد: لا خلاف أن لا شيء عليه، وأنها تحد للقذف والزنا إن ظهر بها حمل، ولو كانت من أهل الصون، وإن لم يظهر تخرج على الخلاف فيمن أقر بوطء أمة رجل ادعى شراءها منه أو وطء امرأة ادعى تزويجها فتحد على قول ابن القاسم ما لم يرجع عن قوله، ولا تحد على قول أشهب، وهو نص ابن حبيب، وكذا مجهول الحال في هذا الوجه إن كانت مجهولته أو لم تكن من أهل الصون، وإن كانت من أهل الصون، وهو مجهول الحال تخرج وجوب حدها لقذفه على قولين، ويحلف بدعواها على عدم حدها له، فإن نكل حلفت ووجب لها صداقها، وإن ادعته عليه متعلقة به، وهي ممن تبالي بفضيحة نفسها لم تحد للزنا، ولو ظهر بها حمل، وفي حدها لقذفه قول ابن القاسم، وحكاية ابن حبيب، ولا يمين لها عليه على الأول، ويحلف لها على الثاني إن نكل حلفت وثبت مهرها، وعزا اللخمي حدها لمالك أيضًا، ونفيه لعبد الملك.

قال: لما بلغت من فضيحة نفسها.

قال: والثالث لأَصْبَغ إن جاءت تدمي لم تحد، وفرق بين البكر والثيب، وهو أحسن إن كانت ذا قدر، وفي الثيب إشكال، وأرى إن كانت معروفة بالخير لم تحد، وإن كانت لا قدر لها، ولا يعيرها ذلك حدت.

قُلتُ: فيبقى ما بينهما على إشكاله.

قال: ولو كان الرجل ممن برز بالفضل والخير حدت على أي حال كانت من الموضع والقدر.

قال: وإن نقصت بينة معاينة الإصابة عن الأربع، وكانت متعلقة به، وقضى بمهرها لم تحد، وإن كان ممن لا يشبهه ذلك؛ لأن الشهادة شبهة لها ما لم يكن ممن برز في الفضل فلا مهر لها، ولها شبهة في نفي الحد إن كانت من أهل الخير.

قُلتُ: ظاهر قول ابن رُشْد في المقدمات والبيان أنه: إن كان ممن لا يليق به ذلك

لصلاحه فلا مهر لها عليه بمجرد الدعوى دون نكول منه حيث يجب حلفه عند قائله.

وقال ابن بشير: إن كانت تدمي في هذه الصورة ففي وجوب المهر قولان لتقابل القرائن.

ابن رُشْد: وإن كانت لا تبالي بفضيحة نفسها، وأتت متعلقة بمن لا يليق به لصلاحه حدت له قولًا واحدًا، وإن كان مجهول الحال، وهي ممن تبالي بفضيحة نفسها لم تحد له، وإن لم تبال بها تخرج في حدها له قولان، وإن ادعته على من يشار له بالفسق غير متعلقة به لم تحد له، ولا لزنى إلا أن يظهر بها حمل، ولا مهر لها وينظر فيه الإمام فيسجنه، ويستخبر عن أمره فيفعل بما ينكشف من أمره، فإن لم ينكشف له من أمره شيء أحلفه، فإن نكل حلفت وثبت مهر مثلها، وإن ادعته عليه متعلقة به تدمي إن كانت بكرًا لم تحد له ولا لزنى، وإن ظهر بها حمل.

وفي وجوب المهر لها ثالثها: إن كانت حرة ولا شيء للأمة، لرواية أشهب وجوب ما نقص الأمة فأحرى مهر مثل الحرة، وسماع عيسى ابن القاسم قائلا: ولو كان أشد من عبد الله الأزرق في زمنه، وابن الماجِشُون، وزاد اللخمي في قول ابن القاسم: ويؤدب الرجل أدبًا موجعًا.

قال: وقال في المدَوَّنة: ينظر السلطان، ولو نظرها النساء فقلن هي عذراء، فقال أشهب: لا شيء لها، وهذا كأحد قولي مالك في دعوى البكر المسيس في إرخاء الستر ينظرها النساء فيعمل على قولهن.

وقال أَصْبَغ: لا يرجع لقولهن، والأول أحسن لظهور كذبها، ولتهمتها أن تلطخ نفسها بدم أو تلطخ من لا يشبهه ذلك، وقد يحملها عليه من يريد أذاه إن كانت لا قدر لها، وكذا إن بان أنها غير حديثة الافتضاض وأتت تدمي.

قُلتُ: ظاهر قول اللخمي أولًا أن الخلاف بعد وقوع نظر النساء لا في ابتداء نظرهن، وظاهر تشبيهه لها بمسألة إرخاء الستور أنه في ابتداء نظرهن وفي رجمها نحو هذا.

ابن رُشْد: وإذا وجب لها المهر بدعواها مع بلوغها فضيحة نفسها، ففي لزوم حلفها قول ابن القاسم ورواية أشهب والأول أصح.

زاد في البيان عن ابن القاسم في الموازيَّة كقول أشهب.

اللخمي: أرى إن كانت بكرًا تدمي لها قدر أن تأخذه دون يمين، وإن كانت ثيبًا أو بكرًا لا قدر لها أخذته بيمين، وإن كانت ثيبًا لا قدر لها ولا يعرها ذلك فلا شيء ويحلف الرجل، وإن كان مجهول الحال فلا مهر وأحلف، فإن نكل حلفت واستحقته.

اللخمي: إن أتت متعلقة برجل، وظهر بها حمل لما يشبه كونه عن تلك الدعوى لم تحد، وإن كان متقدمًا عنها حدت للزنا والقذف إن لم تكن حدت له.

وقال ابن وَهْب وغيره: إن لم يذكر الغصب قبل ظهور الحمل حدت للزنا، وأرى أن لا تحد لقصدها الستر رجاء عدم الحمل، فإذا ظهر ذكرت سببه فدعواها هذا شبهة تسقط حدها، وقال غير واحد من أهل العلم قول عمر ﵁ في إقامة الحد بالحمل إنما هو إذا لم تدع استكراها لما روي عنه أن امرأة ادعته في حمل ظهر بها، وقالت: كنت نائمة فما أيقظني إلا رجل ركبني، فأمر برفعها إليه في الموسم وناس من قومها فسألها فأخبرته، فسأل قومها فأثنوا عليها خيرًا فتركها وكساها وأوصى بها خيرًا.

قُلتُ: ظاهر قولهم سقوط الحد بمجرد دعوى الإكراه، وما به احتجاجهم إنما هو فيمن هو من أهل الخير لا في مجهول الحال فضلًا عن غيره، والحق أن ثبوت الحد بظهور الحمل مع قولهم بلحوق الولد بالإنزال في الوطء دون الفرج متناقض، وقول ابن عبد السلام بعد قوله يكفي في بينة احتمال المغصوبة اثنان: "وفي العتبيَّة ما ظاهره أنه لا بد من أربعة وليس بصحيح"، ليس بصحيح وقعت أول سماع القرينين فيمن أتت متعلقة برجل لم يذكر فيها بينة بحال، ووقعت في سماع عيسى من كتاب القذف ونصها: سئل عن شهيدين شهدا على ثلاثة نفر بغصب امرأة ذهبوا بها إلى الصحراء؛ فادعت أنهم وطئوها، ثم أبرأت بعضهم.

قال: تحلف وتأخذ من كل من ادعت عليه صداقا.

وفي السماع المذكور قال أَصْبَغ: قلت له: المغتصبة التي يجب لها الصداق على من اغتصبها هل يجب ذلك بشهادة رجلين؟ قال: لا يجب ذلك عليه إلا بما تجب به الحدود وذلك أربعة شهداء وإلا كانوا قذفة.

سَحنون: قال لي ابن القاسم: لو شهد رجلان أنهما رأيا رجلًا اغتصب امرأة

أدخلها منزلًا غاب عليها؛ فادعت أنه أصابها، وأنكر ذلك الرجل حلفت واستوجبت صداق مثلها.

ابن رُشْد: يثبت اغتصابه لها، ومغيبه عليها بشهادة شهيدين على رواية سَحنون هذه، ومعنى قوله في رواية أَصْبَغ على معاينة الوطء، وذلك بين من قوله، وإلا كانوا قذفة يجلدون الحد.

قُلتُ: ولقوله أول السماع عن شهيدين شهدا على ثلاثة نفر.

ومسمى المهر في ملك الزوجة بالعقد الصحيح كله أو نصفه، ويكمل بالموت، ثالثها: كله غير مستقر يستقر نصفه بالطلاق وكله بالموت، للخمي مع غيره عن عبد الملك، وابن القاسم مع مالك، وابن رُشْد عن مقتضى المذهب مبطلا الأول بأنه لو وجب به لما سقط بالردة كوجوبه بالدخول، وللثاني باستحقاقها كله بموته والموت لا يوجب شيئًا.

قُلتُ: يرد الأول بأن الردة قبل البناء كاستحقاق أحد العوضين مع الاتفاق على ملكهما بعقد البيع الصحيح، والثاني بأن الموت إن كان لا يوجب شيئًا فلا يوجب استقرارًا، ومنع عدم إيجابه؛ لأنه إيجاب شرعي لا عقلي، فجائز كونه به لدورانه معه، والدوران طريق شرعي، وطلاقه قبل بنائه يوجب له نصفه وفسخه قبله، ولو لموجب حدث بعد صحبته يسقط كله.

اللخمي: إن طلق في فاسد مختلف فيه قبل النظر فيه قبل بنائه فثبوت نصف المهر على ثبوت طلاقه، ونفيه على نفيه لرعي الخلاف ولغوه، ولمحمد عن أشهب: من مات قبل البناء في فاسد لمهره لزمه كل المهر وورثته، ولو طلق قبل البناء فلا شيء عليه.

قُلتُ: هذا بعينه ذكره ابن رُشْد عن أَصْبَغ قال: فجعله كنكاح تفويض على قول من جعل فيه مهر المثل بالموت، وليس معروفًا من مذهبنا.

اللخمي: وفي ثبوت نصفه بفرقة ردته على أنها فسخ قول مالك في المبسوط، وإنكاره عبد الملك: والأول أحسن؛ لأن ترك المبيع منه، في الموازيَّة إن قتل الأمة ربها قبل البناء فله مهرها، وعليه للحرة مهرها إن قتلت نفسها قبل البناء لقولها: إن باع الأمة ربها بحيث لا يقدر الزوج على جماعها فله مهرها، وأرى أن لا شيء لها ولا

للسيد؛ لأن المنع منهما.

قُلتُ: احتجاجه بمسألة الأمة خلاف قول عياض، معناه أن مشتريها سافر بها حيث يشق على الزوج لضعفه، ولو عجز عن الوصول إليها لظلم مشتريها وأنه لا ينتصف منه لم يكن على الزوج مهر، ووجب رده له من بائعها إن قبضه، وبقي النكاح بحاله متى قدر على الوصول للزوجة دفع المهر، وقاله أبو عمران، ولم يقيد الصقلي مسألة الأمة بشيء، ولم يذكر عليها كلام أبي عمران، وذكره في آخر فصل العجز عن المهر، وحكم طلاق العيب مر في فصله.

وما حدث في المهر من زيادة بولادة مثله: وفي كون غلته ثمرة أو غيرها أو هبة مال له، وهو عبد أو أمة للزوجة أو بينهما.

قول عبد الملك وابن القاسم مع مالك بناء على ملكها بالعقد كله أو بعضه، وفي رهونها عقد النكاح يوجب لها كل المهر، وعلى المشهور ترجع بنفقة السقي، والعلاج على حظه فيه من الثمرة لا في ذمته.

اللخمي: قول ابن حبيب ترجع بنفقة الثمرة لا بما أنفقت على العبد، وترد نصف الغلة لا وجه له، ويختلف إن أنفقت على صغير لا غلة له أو دابة لا تركب أو شجر لا يطعم، وانتقل كل ذلك بنفقتها، ولم تأخذ غلة هل للزوج نصفه، ويدفع النفقة أو يكون فوتا، فعلى قول ابن مسلمة من استحق صغيرًا كبر عند مشتريه، وأنفق عليه ليس له أخذه؛ بل قيمته يوم اشترى فالزوج أحرى؛ لأنه وضع يده عليه، ولو أنفقت على العبد أو الأمة في صنعة تعلماها ففي رجوعها على الزوج بنصف النفقة، وسقوطها رواية المبسوط، وقول محمد، وأرى لها الأقل من نصفها أو نصف ما زاد ثمنها.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب العدة: من أنفقت على جارية مهرها في أدبها ما زاد في ثمنها أضعافه، وطلقت قبل البناء لزوجها نصفها دون غرم شيء من نفقتها.

ابن رُشْد: في المبسوط لابن وَهْب: ترجع عليه بما أنفقت في تعليم الخير، ورواه أبو صالح عن محمد بن خالد، وكذا في الاستحقاق؛ يريد: ما لم تكن النفقة أكثر مما زادت قيمتها فيسقط الزائد؛ لأنها لو لم تزد قيمتها بما أنفقت عليها لم ترجع عليه بشيء من النفقة إذ لم ينتفع بذلك.

قُلتُ: فما جعله اختيارًا له جعله ابن رُشْد تقييدًا وهو الأظهر.

قال: وما أنفقت في طب مرضها الأظهر لا رجوع لها به؛ لأنه وإن انتفع بطبها فهو مستهلك إذ لم يزد ذلك في قيمتها.

قُلتُ: الأظهر إن كان لزوال عيب حدث بها كبياض بعينها، ونحوه رجوعها عليه.

ابن رُشْد: اتفقوا على أن لا رجوع لها بنفقة ضروري طعامها وشرابها إلا أن تكون صغيرة فكبرت؛ فقيل لها: الرجوع بها، وإن كانت اغتلت منها غلة.

قيل: نفقتها فيها، والقياس رجوعها بالنفقة على كل حال على أنهما شريكان، وعلى أن الغلة لهما، والمصيبة منها لا ترجع بنفقة ضروري طعامها وشرابها ونفقة تعليمها الخير، وطب مرضها يجري على الخلاف في الرجوع بالسكنى والعلاج.

في الموطأ عن مالك: أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب في خلافته إلى بعض عماله أن كل ما اشترط المنكح من كان أبا أو غيره من حباءٍ أو كرامة فهو للمرأة إن ابتغته[1].

قال مالك: ما اشترطه الأب في إنكاح ابنته من حباء له فهو لابنته ولزوجها شطره إن طلقها قبل البناء.

قُلتُ: روى أبو داود عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: **«أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته»**[2]، ولم يتعقبه ابن القطان على عبد الحق، وذكر أبو عمر هذا السند عن عبد الرزاق.

وسمع يحيى ابن القاسم: نحلة من تزوج امرأة وليها الحق فيها للزوجة إن

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 3/754، ما جاء في الصداق والحباء، رقم (1924).

(2) أخرجه أبو داود، رقم: (2129) في النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا، والنسائي: 6 / 120 في النكاح، باب التزويج على نواة من ذهب، وأحمد في مسنده، رقم: (6709).

اشترطها الولي لها أخذها منه أو تركها لا رجوع فيها للزوج على واحد منهما؛ لأنها من المهر، لو طلقها قبل البناء تبع الولي بنصف النحلة، وتبعته الزوجة بنصفها، ونحلته وليها أو بعض أختانه إن لم تكن على إنكاحها، ولا عدة عامله عليها كشرط، وإنما هي شكر للمنحول أو صلة قبل النكاح ومودة فلا حق للزوجة فيها ولا للزوج رجوع فيها.

ابن رُشْد: إن كانت عند الخطبة، فإن تم العقد فهي للزوجة وإلا فللزوج الرجوع بها، وإن كانت عند العقد بشرط فهي كالمهر.

ابن حبيب: إن أجازتها المرأة لوليها، ثم طلقت قبل البناء تبع الزوج المنحول بنصفها أبا كان أو غيره كانت الزوجة ممن يولى عليها أو لا، ولها اتباع وليها بنصفها إن كانت ممن يولى عليها، وإنما رأى للزوج اتباع المنحول بنصفه بعد أن أجازته الزوجة، وهو ليس له اتباع الموهوب له المهر بنصفه بعد قبضه؛ لأنه رآه كمن تزوج امرأة على أن يهب عبده لفلان.

ابن عات: حكى ابن مسعدة الحجازي ما اشترط من لحم جزور، ونحوه لازم وهو للزوجة.

قال غيره: ونصفه للزوج إن طلق قبل البناء، وإن بنى لزم المرأة أن تصنع به طعامًا؛ لأنه عرف الناس وعليه يشترطونه، وهو إن طلق قبل البناء كالمهر ويلزمها في العصفر صبغ ثيابها به؛ لأنه على ذلك شرط.

ابن رُشْد: وإن كانت بعد عقد النكاح على غير شرط فلا رجوع فيها لزوجة ولا زوج.

الباجي: قال مالك في المدنيَّة: ما اشترط بعد العقد فهو لمشترطه دون الزوجة ولا شيء للزوج فيه، ولو طلق قبل البناء.

زاد محمد وابن حبيب: ولو كان الحباء قائمًا.

ابن حبيب: إن فسخ النكاح بأمر غالب فقال مالك: يرجع الزوج بما وجد منه قائمًا؛ يريد: لأنه هبة من أجل النكاح كالهبة للبيع، وفي ثاني نكاحها من تزوج بمهر

مسمى، ثم زادها فيه طوعًا فلم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء لزمه نصف ما زاد في الطلاق، وسقط كله في الموت.

القاضي: قال الأبهري وغيره من أصحابنا بوجوب ما زاد في الموت؛ لأنه كالمهر، وإلا لما تشطر بالطلاق.

الصقلي: ولو كانت كالهبة لم يثبتها البناء؛ لأن الهبة لا تستقر إلا بالقبض؛ بل هي كهبة للبيع بعده كثمنه إن قبضت، ثم ردت السلعة بعيب ردت مع ثمنها.

وفي الجلاب بعد ذكره قول ابن القاسم بسقوطه بالموت، والقياس عندي أن يجب لها الزيادة.

ابن بشير: في بطلانه بالموت قولان بناء على أن الملحق بالعقد كمنفصل عنه أو واقع فيه.

قُلتُ: وجه معروف المذهب ورد إشكال البغداديين أن الزيادة إنما صدرت من الزوج مقيدة بحكم المهر لا هبة مطلقة فاعتبر فيها حكم المهر عملًا بقصد الزوج، إذ هو حق له في حياته؛ فكان له نصفها في الطلاق، واعتبر فيها بعد موته حكم الهبة لحق الورثة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أهدى لمن أملك بها هدية، ثم طلقها أو طلقت عليه بعدم النفقة قبل بنائه فلا شيء له فيها، وإن أدركها بعينها.

وفي فسخ نكاحه لفساده، ولو كان يثبت بالبناء هو أحق بها إن لم تفت أو بها وجد منها كمن أثاب من صدقة ظن أن ذلك يلزمه، وإن زادت، ونمت فليس له إلا قيمتها يوم أعطاها، والقياس أنها له بزيادتها، والقيمة عندي أعدل.

أَصْبَغ: إن بنى في النكاح المفسوخ فلا شيء له، ولو أدركها قائمة؛ لأن النكاح الذي أعطى عليه تم له ببنائه، وإنما الجواب على فسخه قبل بنائه، ولو كانت العطية بعد البناء، ثم فسخ بحدثانه ردت له، ولو فسخ بعد سنتين فلا شيء له، ولو أدركها بعينها؛ لأن ما أعطي له قد ناله؛ وهذا رأيي.

ابن رُشْد: قوله: (في طلاقه باختياره) واضح، وقوله: (في الطلاق بعدم النفقة) هو على أصله في إيجابه نصف المهر فيه، وعلى قول ابن نافع الذي لا يراه فيه ويرى الطلاق

بعدم النفقة كفرقة الجذام والجنون يرجع في هديته إن كانت قائمة، وقال اللخمي في قوله في الطلاق بعدم النفقة نظر؛ لأنه مغلوب على الفراق.

ابن رُشْد: وقوله في الفسخ يرجع فيها إن كانت قائمة؛ لأن ما أهدى عليه لما جل وجب بطلان الهدية كقول سَحنون في جامع البيوع فيمن وضع من ثمن سلعة باعها بسبب خوف المبتاع تلفها أو الوضيعة فيها فسلم من ذلك له الرجوع بما وضع، وسماع يحيى في الأيمان بالطلاق فيمن يؤخر بالحق بسبب فلا يتم له السبب، ولابن القاسم في الدمياطية لا يرجع بها، ولو كان النكاح صحيحًا ووجد بالزوجة عيب ردٍّ فردها قبل البناء لكان له الرجوع بهديته، على قولها في الصرف: من وهب مبتاع سلعته هبة لأجل بيعها منه فردها عليه بعيب رجع عليه بالهبة، خلاف قول سَحنون لا يرجع بالهبة، وهو على أن الرد بالعيب نقض بيع، ومسألة الثواب في الصدقة التي نظر بها لا تشبهها؛ لأن معناها أنه أعطى ما ظن وجوبه عليه، ثم علم عدمه عليه، واختلف في هذا ولها نظائر منها: من أنفق على مطلقة ظنها حاملًا وعلى زوجة ظن نكاحها صحيحًا، وفرق ابن القاسم في الدمياطية بينهما فقال: في هدية الإملاك إذا وجد النكاح مفسوخًا لا يرجع بها ويرجع بالنفقة، ولرعي هذا القول استحسن في السماع إن نمت أن تكون له القيمة لا الهبة بنمائها، إذ القياس أن له النماء كما عليه النقض، وإن بنى فلا شيء له في الهدية قبل البناء، ولو كانت قائمة.

وسمع ابن القاسم: هدية العرس التي يعمل بها الناس ويختصمون فيها إن عرف ذلك من شأنهم، وهو عملهم لم يطرح عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان.

قال ابن القاسم في كتاب عيسى: قال مالك قبل ذلك: لا يقضى بها؛ وهو أحب إلي، ولأنها تبطل بموت أحدهما.

ابن رُشْد: قال هنا هدية العرس، وفي سماع عيسى نفقة العرس، ومراده بنفقة العرس هدية العرس التي جرى العرف بها عند الأعراس، وقول بعض الشيوخ: مراده بهدية العرس التي اختلف قول مالك في القضاء بها وليمة العرس متعلقًا بما في سماع عيسى غير صحيح؛ لأن مذهب مالك أن الوليمة مندوب إليها لا واجبة إلا وجوب السنن، وهي لا يقضى بها، ولا حق فيها للزوجة، ودليل كونها غير الوليمة قوله في

السماع إلا أن يتقدم فيه السلطان، ولا يجوز أن يتقدم في الوليمة فينهي عما أمر به رسول الله ﷺ.

وتقدمه في الهدية: هو أن يعهد إلى الناس أن لا هدية لزوجة على زوجها إلا بشرطها عليه، والقياس على وجوب القضاء بها. إذا حكم للعرف بحكم الشرط. كونها كالمهر يجب عليه نصفها بالطلاق وجميعها بالبناء أو بموت أحدهما، ومالك أبطلها بالطلاق أو بموت أحدهما حسبما قاله في سماع عيسى ووجه قوله أنه حكم لها بحكم الصلة المراد بها عين الموصول.

قُلتُ: كقولها في هبة عبد الحضانة والكفالة لمن يرادان له.

ابن رُشْد: وحكم لها ابن حبيب بحكم المهر فقال: يقضى بها ويرجع إن طلق بنصفها ما لم تفت، فإن فاتت فلا شيء له؛ يريد: فاتت بسلف أو إنفاق أو استمتاع على أصله فيما استمتعت به من مهرها قبل الطلاق إذا طلق قبل البناء، وأما هدية الإملاك فلا يقضى بها، وليس له منها شيء في الطلاق، ولو أدركها قائمة، ولا فرق بينهما إلا من جهة العرف، فلو انتقل؛ انتقل الحكم.

ابن سهل: سئل ابن عتاب عن الهدية التي يرسل بها الأزواج للزوجات قبل البناء كالخفين والجوربين ونحوهما، أيقضى بها على الزوج إن طلب بها وامتنع؟. قال: يقضى بها على قدرها وقدره وقدر المهر، وليس عليها، ولا على أبي البكر أن يثيبه بشيء، ولا يقضى عليه بالعرس، والأجرة المتعارفة عندهم ويؤمر بها، ولا يجبر، والصواب عندي القضاء عليه بالوليمة لقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: **«أولم ولو بشاة»**[1] مع العمل عند الخاصة والعامة، ولا يقضى عليه بأجرة الماشطة على الجلوة، ولا بأجرة ضاربة دف

---

(1) أخرجه البخاري: 4/ 247 و 248 في البيوع، باب ما جاء في قول الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ﴾، وفي فضائل أصحاب النبي ﷺ، باب إخاء النبي ﷺ بين المهاجرين والأنصار، ومسلم رقم (1427) في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، والموطأ: 2 / 545 في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، وأبو داود: رقم (2109) في النكاح، باب قلة المهر، والترمذي رقم (1094) في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، والنسائي: 6 / 137 في النكاح، باب الهدية لمن عرس، جميعهم بلفظ: «... بارك الله لك، أَوْلِمْ ولو بشاة».

ولا كبر، ثم ذكر سماع ابن القاسم في الهدية، وسماع عيسى فيها، وسماع أَصْبَغ مساقًا واحدًا، يفهم منه أن الهدية في سماع أَصْبَغ وما قبله واحدة، وقد تقدم لابن رُشْد التفرقة بينهما للعرف؛ وهو الصواب.

وأجاد المتيطي في نقله من كلام ابن سهل سماعي ابن القاسم وعيسى، ولم يذكر معهما سماع أَصْبَغ.

وأجاب ابن رُشْد عما تخرجه الزوجة أو وليها في شورتها من ثياب باسم الزوج كالقفارة والحشو والقميص والسراويلات، وربما لبسه الزوج بعد بنائه بيسير الأيام أو كثيرها، ولم يلبسه، ثم تطلب الزوجة أو وليها أخذ تلك الثياب، ويقولون: هي عارية على وجه الزينة لا العطية إن كان فيها عرف جرى بالبلد، واستمر عليه العمل حكم به، وإلا فالقول قول المرأة أو وليها أنها عارية أو على وجه التزيين.

اللخمي: للزوجة التصرف في مهرها بالبيع والصدقة والهبة اتفاقًا.

وفيها: يجوز للزوجة صنعها في مالها إن حمله ثلثها، وهي ممن يجوز أمرها، وما وهبت من مهرها أو أعتقت أو تصدقت فعليها نصف قيمته يوم فعلته للزوج إن طلقها قبل بنائها، وقال بعض الرواة: يوم قبضته؛ لأنها أملك به من زوجها لو مات كان للزوج البناء بها ولا شيء عليه.

ابن شاس: والتدبير كالعتق.

قُلتُ: هو مقتضى قواعد المذهب في البيع الفاسد والخيار وغير ذلك، وعزا محمد قول بعض الرواة لعبد الملك وقال: لا يعجبنا؛ وهو بناء على أن الطلاق أبان بقاء ملك الزوج نصفه أو أنشأه.

وسمع القرينان من باعت عبدها المهر، ثم طلقت فعليها نصف ثمنه.

ابن رُشْد: هذا على القول: إن مات ثم طلقت فلا شيء عليها، وأن الغلة بينهما، وأن عليها في هبته وعتقه القيمة يومهما، وهو قول ابن القاسم وروايته فيها وقول القرينين وروايتهما، وعلى قول الغير فيها القيمة يوم القبض والغلة لها وحدها فعليها في بيعه القيمة يوم القبض، وعلى سماع القرينين يرجع عليها بنصف قيمته إن مات بيدها.

وفيها: ولا يرد الزوج عتقها، ولو كانت معسرة؛ لأنها إن كانت معسرة يوم العتق،

وقد علم فتركه ذلك رضى، ولو قام حينئذ رده إن شاء إن زاد على ثلثها ولم يعتق منه شيء، فإن طلق قبل البناء فله نصفه.

قال مالك: ويعتق عليها نصفه، وكذا لو أعتقت عبدها ولا مال لها غيره فرد الزوج عتقها ثم مات أو طلق عتق عليها جميعه، وكذا ما رد من عتق مفلس، ثم أيسر وهو بيده.

قال مالك: يعتق عليه، وبلغني قوله في الزوجة يعتق عليها، ولا أدري هل يرى أن يقضى عليها بذلك أم لا؟ وأرى أن لا يقضى عليها به، ولا ينبغي لها ملكه.

ابن رُشْد: في سماع سَحنون من المكاتب في سقوط عتقها إياه والقضاء به عليها، ثالثها: تؤمر به ولا تجبر، لأشهب وأَصْبَغ مع الأخوين وابن القاسم.

قُلتُ: رد استدلاله فيها على منع رد الزوج عتقها بمنع حصر حاله فيما ذكر بجواز كونه كان جاهلًا عتقها، ويجاب بأن البحث بعد طلاقه منضما لدلالة قوله على أن فعلها على الجواز حتى يرد لا على العكس، ولو وهبت مهرها أجنبيا ثم طلقت قبل البناء؛ فلابن رُشْد في رسم القضاء من سماع أَصْبَغ في الكفالة في فوته بالهبة فيلزم الزوج دفعه له، ويتبع الزوجة بنصفه، ولا تتبع الزوجة الأجنبي بشيء، ووقف فوته على قبضه الأجنبي، وإن لم يقبضه اختص الزوج بنصفه منه، ثالثها: لا يفوت إلا باستهلاكه الأجنبي فيرد للزوج نصفه منه إن لم تفت، ورابعها: لا تصح هبتها نصف الزوج بحال فيسترده الزوج منها، وترجع الزوجة به على الأجنبي، وخامسها إن كانت موسرة دفعه الزوج للأجنبي، ورجع به عليها، وإن كانت معسرة اختص الزوج به لبعض الرواة في ثاني نكاحها، والثاني والثالث لغيره ولمحمد عن ابن القاسم وله في ثاني نكاحها، والقياس كون هذا الخلاف إنما هو على القول بملكها بالعقد كل المهر، وعلى القول بملكها به نصفه لا تجوز الهبة بحال، فقول ابن القاسم عليه، وقول بعض الرواة على الأول.

عبد الحق: قول ابن القاسم برعي عسرها ويسرها يوم الطلاق يوجب لغو اعتبار حمل ثلثها الهبة، وعلى اعتبار غيره يسرها يوم الهبة يجب اعتبار حمله إياها.

قُلتُ: ظاهر نصها خلافه، وهو قلت: إن وهبت مهرها لأجنبي فدفعه الزوج إليه

والمرأة ممن تجوز هبتها وثلثها يحمل ذلك فطلقها الزوج قبل البناء أيرجع على الموهوب له بشيء في قول مالك. قال: لا يرجع عليه في رأيي بشيء ويرجع على المرأة؛ لأنه دفع ذلك لأجنبي، فإن كانت موسرة يوم الهبة فذلك جائز على الزوج ولو كره، وإن كانت معسرة فقد أنفذه الزوج حين دفعه إليه.

قُلتُ: إلا أنه في لفظ السائل وفيه نظر، وكثيرًا ما يعتبره البراذعي فيختصره كأنه من لفظ المجيب لاعتقاده اعتباره، ولأنه من لفظ أسد أو سَحنون.

وفيها: ما اشترت منه بمهرها كمهرها، ولو لم يصلح لجهازها ونقص.

أبو عمران: يعني أنها بينت للزوج أنها تشتري ذلك منه بمهرها.

المتيطي عن بعض القرويين: هذا جيد إن كان بعد افتراقهما من مجلس قبض المهر، ولو اشترى ثمنه ذلك في المجلس ما افتقر إلى بيان أنه بالمهر.

ابن حارث: ما اشترت به مما يصلح لجهازها، ولو من غير الزوج كمهرها اتفاقًا، ولو اشترت من زوجها به دارًا ففي كونها كذلك أو إنما يرجع عليها إن طلقها بنصف المهر لا بنصفها قولا مالك فيها وعبد الملك.

المتيطي عن بعض القرويين: رأيت إسماعيل القاضي يحمل شراءها ذلك من الزوج على التخفيف إلا أن يتبين قصدها الشراء منه كغيره للرغبة في المشترى فيرجع عليها بنصف المهر.

ابن القصار: هذا بناء على رواية أنهما شريكان في المهر وعلى مراعاة العرف في ذلك.

قُلتُ: ونقل ابن شاس تقييد إسماعيل بلفظ.

قال القاضي أبو الحسن: هذا إن كان على وجه التخفيف عن الزوج، وإلا فهو كالأجنبي فيه.

ابن القصار: وظاهره أن الأصل حمله على غير التخفيف حتى يثبت التخفيف، وظاهر لفظ المتيطي عكسه، ولفظ الصقلي كالمتيطي.

وفيها لمالك: من تزوج امرأة على أبيها أو ذي رحم محرم عتق عليها ساعته، وله عليها نصف قيمته إن طلقها، ولم أسمع منه شيئًا إن كانت معسرة وأرى أن لا رد له

لعتقه، ولا يتبعه بشيء كقول مالك في ذي دين علم بعتق مدينه المعسر عبده فسكت، ولم يقم برده، وأخبرني بعض جلساء مالك أنه استحسن عدم رجوع الزوج على المرأة بشيء، وأحب إلي قوله الأول أن يرجع بنصف قيمته.

اللخمي: إن علمت أنه أبوها دونه رجع عليها، وفي عكسه لا يرجع عليها، واختلف في رجوعها عليه في الموازيَّة إن غرها.

وفي المبسوط: ترجع عليه بقيمته وبنصفها إن طلق، وأجاز في القراض منها للبائع أن يعلم ذلك لندب الولد إلى شراء أبيه ليعتقه، وإن علما جميعًا أو جهلًا، ثم علما رجع عليها واستحسن مرة عدم رجوعه، وإن جهلا فهو أبين في عدم الرجوع كهلاكه بأمر من الله، وإن ثبت رجوعه فوجدها معسرة لم يرد عتقه؛ لأنه عتق أوجبته الأحكام ليس كابتداء عتق.

قُلتُ: تعليله عدم رده بأنه عتق أوجبته الأحكام، يرد بقولها مع غيرها من ابتاع أباه وعليه دين رد عتقه للدين، وقيل: يباع عليه له، والصواب تعليله بقول رهونها من استهلك مهر أمته قبل البناء، ثم أعتقها، ثم طلقها الزوج قبل البناء، ولا مال للسيد لم يرد عتقها؛ لأن الدين إنما لزم السيد حين طلقت لا يوم عتقت.

وقال الباجي إثر مسألة الكتاب: وكذا لو أمهرها عبدًا يكون لغيره لا مهر لها غيره جاز كالبيع.

ابن زرقون: يريد كقولها أتزوجك على أن تهب عبدك لفلان، وكذا نص عليه ابن حبيب. قال: وإن طلقها قبل البناء رجع في نصف العبد، وإن فات بيد الموهوب تبعه بنصف قيمته ولا يتبع المرأة بشيء، وجعله محمد كالحباء.

قال فضل: إن مات العبد، ثم طلقها فمصيبته من الزوجين.

وفيها: إن جنى على العبد المهر، ثم طلقها الزوج قبل بنائه فالأرش بينهما، ولو جنى وهو بيد الزوج، ولا طلاق فالخيار في فدائه لها دون الزوج، فإن طلقها فهو لكل منهما في نصفه، فإن طلقها بعد فدائها إياه بالأرش فأقل لم يأخذ نصفه إلا بنصفه، ولو فدته بأزيد منه فلا شيء عليه مما زادته، ولو أسلمته والأرش ليس أقل من قيمته فلا شيء عليها، وإن كان أقل فله فداء نصفه، فإن وجده فات ففي غرمها له نصف المحاباة

قولا محمد واللخمي محتجا بقولها ليس علي فداؤه وأخاف عوده لذلك.

ابن عبد الرحمن: لو باعته بأقل من قيمته تبعها بنصف المحاباة بخلاف إسلامها إياه في أرش أقل من قيمته؛ لأن بيعه بمجرد اختيارها، وهي في الجناية مضطرة لخوف عوده للجناية، وذكر لأبي عمران فأصغى إليه عبد الحق أظن الشيخ يقول: إن باعته بمحاباة فلا رجوع للزوج في نصفه، ولو كان قائمًا، وفي الجناية يرجع فيه، وفرق بما ذكر.

والرواية في البيع إنما عليها نصف الثمن ما لم تحاب وليس فيها إن حابت وهو قائم هل يرجع فيه، وما المانع من ذلك كالجناية؛ لأنه باب معاوضة ولا يصح فرقه بخوف عوده إلا في جنايته عمدًا لا خطأ، وفرق الصقلي بين رجوعه عليها بنصف المحاباة في بيعها إياه لا في إسلامها إياه بها في الجناية بأنه في البيع؛ لأنه لا يقدر على رد نصفه؛ لأنها باعته وقت كان بيعها جائزًا فأتلفت عليه بعض ثمن نصفه، ولم تتلف عليه في الجناية شيئًا؛ لأنها باعته وقت كان بيعها جائزا؛ لأنه على خياره في نصفه وفداؤها إياه لا يجب عليها كشرائها إياه، وهذا أبين مما فرق به غير هذا.

وضمان ما لا يغاب عليه من مهرها مع نقل اللخمي عن المذهب منها، ولو هلك بيد الزوج قبل قبضها إياه ففيها له البناء، ولا مهر عليه.

اللخمي: إن ادعت تلفه صدقت، وكذا إن ادعت موته في غير جماعة، ولا تصدق إن كانت في حضر أو سفر في جماعة.

قُلتُ: كقولها من ابتاع حيوانًا أو رقيقًا بخيار فقبضه، ثم ادعى إباق الرقيق وانفلات الدواب أو سرقتها، وهو بموضع لا يجهل صدق مع يمينه إلا أن يأتي دليل كذبه، وإن ادعى موتها بموضع لا يخفى فيه ذلك سئل عنه أهله؛ لأن الموت لا يخفى ولا يقبل إلا العدول، فإن لم يعلم ذلك أحد بالموضع ضمنه، وإن لم يعرف كذبه صدق بيمينه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قبض ما ابتاعه بخيار من عبد أو حيوان أو ارتهنه أو ابتاعه لغيره ببلد آخر فادعى هلاك ذلك في حاضرة حيث الناس والجيران، فإن لم يعلم أحد منهم ما ادعى من موت ضمنه، وإن ادعى موته بفلاة لم يضمنه، وإن ادعى

إباقه صدق.

ابن رُشْد: تسويته بين المرتهن، ومن ابتاع ذلك لغيره يدل على أن لا فرق بين المرتهن والمودع فيما لا يغاب عليه.

وقوله: (إن لم يعلم أحد منهم موت ما ذكر) يدل على أن السلطان يستخبر الجيران، ولا يكلفه البينة على ذلك، وفي رسم سن من سماع ابن القاسم من الرواحل والدواب تكليفه البينة على ذلك، وفي المَدَوَّنة دليل القولين، ولم تشترط هنا عدالة من يسأل من الجيران.

وفيها: لا يقبل إلا العدول فقيل: ليس باختلاف، ومعنى هذا السماع إن لم يكن في الجيران عدول، ومعنى ما في المَدَوَّنة: إن كان فيهم عدول، وقيل: اختلاف فإن لم يأت بالعدول ضمن على ما فيها، والذي أقول أنه ليس باختلاف، ومعناه أن السلطان لا يلزمه أن يسأل إلا أن يشاء، فإن سأل وفي الموضع عدول لم يسأل إلا العدول، فإن قالوا نعلم موت ما ادعى موته بعينه؛ قبل قوله دون يمين، وإن قالوا: نعلم موت عبد عنده، ولا نعلم أنه العبد الذي ادعى موته صدق بيمينه، وإن قالوا: لا نعلم شيئًا ضمن، وإن لم يكن بالموضع عدول سئلوا فإن قالوا: لا نعلم شيئًا ضمن، وإن قالوا: نعلم موت ما ادعى موته أو موت عبد عنده لا نعلم أنه الذي ادعى موته صدق في الوجهين مع يمينه، وكذا إن لم يرد السلطان أن يسأله وكلفه البينة فأتى ببينة عدول أو غير عدول إن لم يكن بالموضع عدول، وإن كان به عدول لم يعتبر غيرهم بحال.

وقوله: (إن ادعى موته بفلاة لم يضمنه) معناه مع يمينه.

قُلتُ: وكل هذا يجزئ في المهر، وسمع القرينان: من تزوج بعبد بعينه فمات بيده ضمنته الزوجة إن مضت عهدته، ولو طلقها بعد موته بيدها تبعها بنصف قيمته يوم قبضه.

أشهب: لا يتبعها بشيء، وقاله ابن نافع وهو قول مالك.

ابن رُشْد: سماع أشهب العهدة في العبد المهر خلاف سماع سَحنون.

ابن القاسم في العيوب، وظاهر زكاتها الأول، ونكاحها الثاني، وضمانها: العبد يموت بيد الزوج لا أعلم فيه خلافًا، وهو يقضي بصحة القول أن كل الغلة لها، ويلزم

على قول مالك: "إن مات بيدها تبعها الزوج بنصف قيمته" أن يتبعها بنصفه إن مات بيده، وإن كان لا يوجد لهم.

وفيها: إن نكحها بعرض بعينه فضاع بيده ضمنه؛ إلا أن يعلم ذلك فيكون منها.

ابن حارث: إن تلف ببينة، ثم طلقها لم تضمن نصفه اتفاقًا.

قُلتُ: يتخرج على ضمانها العبد ضمانه.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: ما أصدقت من عين ضمنته إلا أن يعرف تلفه ببينة بغير ضيعة منها فلا تضمنه.

أَصْبَغ: هي ضامنة بكل حال، ولو قامت بينة بذلك، وليس العين كالعرض، العين المضمونة ساعة تستوفيها، ومال من مالها، والزكاة واجبة عليها.

فيها: لو طلقها بعد زكاتها إياها سنين لم يكن عليه من زكاتها شيء، ولو اشترت جهازًا بأمرٍ ظاهر معروف أو منسوب، ثم سرق أو تلف لم تغرمه كما لو أصدقها ذلك بعينه.

ابن الماجِشُون: كل ما يضمنه المستعير تضمنه المرأة إن أصدقته إلا أن تقوم بينة بهلاكه وعليها خلفه من مالها إن لم تقم بينة بهلاكه لم يفرق.

ابن الماجِشُون بين عرض وعين، وكل ما لا يضمنه المستعير لا تضمنه.

ابن رُشْد: تسوية.

ابن الماجِشُون: بين العين، وما لا يغاب عليه من عرض على ما تأوله العُتْبِيّ تفسير لقول ابن القاسم وهو على قوله وروايته أن الزوجين في المهر شريكان وعلى قياس قول غير ابن القاسم كل الغلة لها تضمن ما يغاب عليه، ولو قامت بتلفه بينة كسماع أشهب في العبد، ولم تعجب.

ابن حبيب: تفرقة أَصْبَغ بين العبد، وما يغاب عليه من العروض على أنها أظهر من قول ابن القاسم؛ لأنها لو باعت العرض الذي أصدقت بعين أو عرض، ثم طلقها كان له نصف ما باعته به، ولو صرفت العين أو اشترت بها عرضًا لغير جهازها؛ ثم طلقها لم يكن له إلا نصف العين فكما لها ربح العين عليها ضمانها، وظاهر قول ابن الماجِشُون أنها ضامنة للعين بخلاف العرض كقول أَصْبَغ خلاف تأويل العتبي؛ لأنه

مثله في العارية، ومستعير العين ضامن لها، ولو قامت بينة بتلفها؛ لأن ربحها له، واستدلال أَصْبَغ بالزكاة لا يلزم.

ابن القاسم: لأن الآتي على مذهبه أن ما أدت من زكاة العين وقامت به البينة؛ كما تلف ببينة.

قُلتُ: رده استدلال أَصْبَغ بما ذكر يرد بنقل الصقلي عن محمد عن ابن القاسم: إن كان غنما زكتها رجع بنصفها ناقصة، ولو كانت مائتي درهم فزكتها رجع بمائة كاملة.

الصقلي عن محمد عن عبد الملك: لو لم يطلقها وادعت تلف ما يغاب عليه وطلبها أن تتجهز بالمهر لم يلزمها؛ لأنه مالها ولا تضمن مالها، وعليها اليمين وبالطلاق يصير مالًا له.

وقال عبد الملك في العتبيَّة: عليها خلفه من مالها إن لم تقم بهلاكه بينة فتشتري به جهازها.

اللخمي: الأول أحسن وأصل استمتاع الرجل مكارمة، ورأى مرة أنه صار بالعادة كالشرط، وقول ابن الحاجب: ما يغاب عليه ممن هو في يده، فإن قامت بينة فقولان وقبله ابن عبد السلام، وقال: سقوط الضمان مثل قول ابن القاسم في الرَّهن والعارية، وثبوته مثل قول أشهب في ذلك.

قُلتُ: ومثله قول ابن بشير لو هلك المهر، وهو مما لا يعرف بعينه فهو ممن هو في يده إلا أن تقوم على هلاكه بينة فقولان، ومقتضى قولها وجوب القول بضمان الزوج ما هلك بيده من ذلك ولا أعرفه، ومقتضى ما تقدم من قول ابن رُشْد: "ضمان الزوجة العبد يموت بيد الزوج لا أعلم فيه خلافًا" نفي الخلاف فيما هلك بيد الزوج مما يغاب عليه ببينة، وجعل ابن بشير الخلاف فيما لا يعرف بعينه، وهو أخص مما يغاب عليه، ومثله لفظ ابن شاس، وعزا القول بالضمان لأَصْبَغ ونفيه لمحمد، وقولاهما إنما ذكرهما الصقلي واللخمي وابن رُشْد وغيرهم في المهر العين فقط.

اللخمي: هبة الزوجة مهرها لزوجها، ولو قبل البناء جائزة لقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ الآية [النساء: 4]. ويؤمر الزوج إن وهبته إياه قبل البناء أن لا يبني حتى يقدم ربع دينار خوف أن يكونا عقدا على طرحه، ولئلا يتذرع

للنكاح بغير مهر، وعزاه الصقلي للموازية بلفظ: جبر على دفع ربع دينار قبل البناء، وأغرق شهود بلدنا في رعي هذه الذريعة فامتنعوا من الشهادة في هبتها مهرها لزوجها، ولو بعد البناء.

المتيطي وابن فتحون: ويذكر في عقد الهبة قبول الزوج ذلك، وهو معنى الحيازة فيه إن لم تكن قبضته، ولو سقط ذكر قبوله وماتت قبل أن يشهد الزوج بالقبول بطلت الهبة على قول ابن القاسم، وحكى أشهب أنها نافذة، وبقول ابن القاسم العمل.

وفيها: إن وهبت جائزة الأمر مهرها لزوجها، وطلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء، ولو وهبته نصفه فله الربع عليها إن قبضته أو لها عليه إن لم تقبضه، وكذا هبتها ستين من مائة أو أربعين وقبضت ما بقي إنما عليه نصف ما قبضت.

عبد الحميد: هذا إن كانت الهبة ليست لأجل الزوجية وإرادة بقائها فلا ترجع عليه في طلاقها بشيء، وإن كانت لإرادة البقاء للزوجية فسارع فطلقها فلها الرجوع بها، ووقع مثله عند محمد.

وقال أبو الفرج في الزاهي: إن وهبت مهرها لزوجها قبل البناء، ثم طلقها تبعها بنصفه كما لو وهبته أجنبيًا.

أبو حفص: هبتها مهرها لزوجها، وهي عين إن لم تغب عليه لم يرجع عليها بشيء إن طلقها، وإن غابت عليه فإن سمت عند هبتها له أنه مهرها فكذلك، وإن لم تسمه، وإنما وهبته دنانير قدر مهرها فقط رجع عليها بنصف المهر إن طلقها.

المتيطي وابن فتحون: إن كانت الهبة بعد العقد على ألا يتزوج عليها، ولا يتسرى ولا يخرجها من بلدها تمت له ما أقام على شرطه، وله مخالفة شرطه فترجع عليه بما وضعته، ويكتب في شرطه قبل تاريخه أنه ليس له حين العقد زوجة غير ذات الشرط خوف أن يكون له زوجة تزوجها قبل هذا الشرط؛ فلا تدخل فيه ولا يحتاج في السرية إلى ذلك؛ لأن التسري أمر مؤتنف إلا على قول سَحنون بأن الشرط لا يلزم فيمن تقدم من السراري.

اللخمي في إرخاء الستور: إن أعطته مالًا على إمساكها ففارقها بالقرب فلها الرجوع في عطيتها، وإن فارقها بعد طول يرى أنه غرضها فلا رجوع لها، وإن طال ولم

ير أنه غرضها فله من العطية بقدر ذلك فيما يرى.

وقال مالك: إن أسقطت مهرها عنه على ألا يتزوج عليها فطلقها بالحضرة رجعت عليه، وإن طلقها بعدما يرى أنه لم يطلقها لمكان ذلك لم ترجع عليه بشيء من ذلك.

أَصْبَغ: إلا أن يكون الطلاق بحدثان العطية ليمين نزلت، ولم يتعمد ولم يستأنف يمينًا فلا شيء عليه، وأرى أن ترجع في عطيتها، وإن كان الطلاق ليمين حنث فيها؛ لأن ما أسقطت مهرها له لم يتم لها، ولو أعطته على ألا يتزوج عليها فتزوج رجعت، ولو تأخر تزويجه.

وفي إرخاء الستور منها إن صالحته أو بارأته على المتاركة أو خالعته على إن أعطته عبدًا أو مالًا قبل البناء لم تتبعه بنصف المهر، وإن قبضته ردته، وإن قالت: طلقني على عشرة دنانير، ولم تقل من مهري ففعل تبعته بنصفه.

اللخمي: إن قالت اخلعني أو طلقني على عشرة دنانير ففعل قبل البناء؛ ففي رجوعها عليه بنصف مهرها مطلقًا، أو إن قالت: "طلقني" ولا ترجع في "اخلعني"، ثالثها: تختص بما قبضته كله أو بعضه ولا شيء للزوج سوى الخلع، وإن لم تقبض شيئًا فلا شيء لها لأشهب وابن القاسم وأَصْبَغ والأول أحسن؛ لأن لفظ اخلعني وفارقني وتاركني إنما يقتضي سقوط العصمة فقط، ولو اقتضى المال سقط المهر بعد البناء وسائر ديونها عليه، ولو قالت قبل البناء: اخلعني على عبدي أو ثوبي ففي سقوط مهرها قولا ابن القاسم وأشهب.

المتيطي: لو طلقها على مال من عندها، وانعقد النص على أن تدفع كذا وكذا من مالها أو على عبدها فلان لم تتبعه بنصف مهرها إن لم تقبضه، ولو قبضته ففي ردها إياه إليه قولا ابن القاسم وابن حبيب، ولو لم يبينا أنه من عندها ولا من المهر ففي رجوعها بنصفه وسقوطه، ثالثها: هذا إن لم تكن قبضته، وإن قبضته اختصت به دونه لأشهب ومالك مع أكثر أصحابه وابن حبيب عن أَصْبَغ.

قُلتُ: نقله قول ابن القاسم مع فرضه المسألة في الطلاق خلاف ما تقدم من نصها ونقل اللخمي، لكن في النوادر عن الموازيَّة إن صالحته قبل البناء على دنانير أعطته، ولم تقل من مهري لم تتبعه منه بشيء وترد إليه ما قبضته منه، قاله مالك وكل أصحابه إلا

أشهب. قال: ترجع بنصفه في الصلح، وكذا لو كان ذلك على إن طلقها.

محمد: أما هذه فترجع بخلاف الصلح والخلع المبهم.

ابن الماجِشُون: قال المغيرة وغيره كقول مالك.

وقال مالك: لو قالت قبل البناء: طلقني على عشرة من مالي اتبعته بنصف مهرها.

وقال محمد بن عبد الله بن عبد الحَكم: إن قال زوج البكر لأبيها قبل البناء أقلني في النكاح فأقاله لزمه طلقة، ولا شيء لها من المهر، ولو كان الأب قبضه لزمه رده.

وفيها: إن قالت له: طلقني على عشرة من مهري ففعل فلها نصف الباقي، ولو لم تقبضه.

ابن حارث: اتفاقًا. قال: ولو قالت: أخالعك على كذا وكذا، ولم تقل من مهري بعد البناء ففي وجوب المهر لها، ولو لم تقبضه أو إن قبضته وإلا فلا شيء لها منه قولا ابن عبدوس مع محمد بن نصر بن حصرم وعبد الله بن سهل وابن سَحنون مع المتيطي عنه مع ابن عبد الحَكم، ولو خالعها بعد البناء على رد جميع ما أصدقها فطلب النقد، وقالت: إنما أردت الكالئ فقط ففي قبول قولها أو قوله نقلا المتيطي رواية ابن عبد الرحمن قائلًا: لو وجب رد النقد لغرمته بعد فوته باللبس وهو بعيد، وقول القابسي قائلًا: وتغرمه إن استهلكته.

الباجي: إن خالعها على إن ولدت منه فعليها نفقة الولد في حوليه؛ فقال مالك: لا نفقة حمل لها ولا مهر.

وقال المغيرة: لها نفقة الحمل لا المهر.

ابن زرقون: معناه أنها لم تكن قبضته، ولو قبضته لم ينزع منها.

وفيها: يجوز عفو الأب عن نصف المهر في طلاق البكر قبل البناء. قال تعالى: ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: 237]، وهو أب البكر وسيد الأمة، وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ [البقرة: 237]، هي المرأة الثيب.

المتيطي: الثيب الصغيرة كالبكر، وفي كون عفو ولي الصغيرة نظرًا كأبيها ولغوه مطلقًا، ثالثها: ولو عفا عن أكثر من نصفه للمتيطي عن رواية ابن نافع وروايتها وعن أَصْبَغ، واستحسن إسماعيل الأولى، واستحسنها سَحنون مرة، وأنكرها أخرى، ولم

يقرأها حين السماع.

وفيها: لا يجوز عفو الأب قبل الطلاق.

ابن القاسم: إلا لوجه نظر من عسر الزوج فيخفف عنه وينظره.

عياض: في كون قول ابن القاسم خلافًا لقول مالك أو وفاقًا قولا بعض شيوخنا وآخرين منهم محتجين بجواز ابتدائه تزويجها بأقل من المهر، وبحكاية ابن القصار عن مالك كقول ابن القاسم نصًا في باب التفويض.

ابن بشير: إن كان العفو نظرًا جاز بشرط أن لا يعفو عن جملته فيعرى النكاح عن المهر، وإن كان عن غير نظر لم يجز، وإن جهل فقولان بناء على حمل فعل الأب على النظر أو على عدمه.

الجلاب: للسيد إسقاط مهر أمته قبل البناء وبعده قبل الطلاق وبعده.

قُلتُ: منع ابن بشير عفو الأب عن جميعه خوف خلو النكاح عن مهر يمنعه في الأمة.

[الأنكحة الفاسدة]

وفسخ فاسد النكاح: إن قويت شبهة صحته بطلاق وإلا فلا، ويجري على إصابة كل مجتهد منضمًا للاحتياط ولغوه وعليهما إمضاء طلاق فيه قبل فسخه.

سمع أبو زيد ابن القاسم: كل نكاح اختلف فيه ليس بحرام بين إن وقع فيه طلاق لزمه كحلفه بطلاق امرأة إن تزوجها ونكاح المرض والسر كمن تزوج سرًا بشاهدين استكتمهما.

ابن رُشْد: هذا اختيار ابن القاسم فيها لرواية بلغته أن ما اختلف فيه فسخه بطلاق والطلاق فيه قبل فسخه لازم، والإرث فيه واجب، والخلع فيه نافذ، فإن فسد لعقده دون مهره وجب فيه المسمى بالموت ونصفه بالطلاق قبل البناء، وكل نكاح لم يختلف في فساده فالثلاثة فيه لغو؛ لأن مذهب ابن القاسم أن الخلع تابع للطلاق، والذي اختار سَحنون، وقال به أكثر الرواة أن ما كانا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق، ولا إرث فيه، ولا طلاق، فما فسد لمهره على هذا القول لا بطلاق ولا إرث فيه قبل البناء،

ويثبتان فيه بعده، وفي ثاني نكاحها قول ثالث، وهو ما يفسخ بعد البناء لا يثبتان فيه، ولو بعده، وإن اختلف فيه، وما يفسخ قبله لا بعده يثبتان فيه ولو قبله.

وسمع ابن القاسم: لا طلاق في فسخ نكاح المحرم.

ابن رُشْد: هذا اختيار سَحنون فيها خلاف اختيار ابن القاسم، وهو القياس على أصل المذهب أن نكاحه لا يجوز، وما لا يجوز لا ينعقد، وكان الأولى ألا يسمى فسخًا إذ لا يفسخ إلا ما انعقد.

قُلتُ: إن أراد بالعقد في نفس الأمر منع.

قوله: لا يفسخ إلا ما انعقد، وإن أراد ما انعقد بالإطلاق منع عدم انعقاد الفاسد بثبوته في ظن المكلف، ولذا نفي عنه حرمة الصهر.

ابن بشير: ما أجمع على فساده لا يثبتان فيه، وما اختلف فيه خلافًا مشتهرًا ففي نفيهما فيه وثبوتهما مع المهر رواية ابن القاسم مع أصحاب مالك، وما رجع إليه ابن القاسم لرواية بلغته، وإن شذ الخلاف ففي رعيه على القول برعي الخلاف قولان، واختلف هل يراعى شذوذ القائلين أو شذوذ الدليل، وخاطبت بهذا بعض من ينسب للفقه فأنكر وجوده في المذهب فأخبرته بالقولين في الصلح والعفو عن القتل غيلة؛ هل يمضي للخلاف أولا؛ لأنه شاذ؟ وبقول أَصْبَغ وغيره أن نكاح الشغار لا يقع فيه إرث، ولا طلاق لضعف دليله، وإن كان القائل به أبو حنيفة ومالك في أحد قوليه أنه يمضي بالعقد.

ابن عبد السلام: انظر قول أَصْبَغ هذا مع ما في الموازيَّة عن أَصْبَغ: من بانت زوجته بخلع، ثم ارتجعها دون نكاح لظنه جواز ذلك ثم طلقها البتة، لا أحب أن يتزوجها قبل زوج، وقال محمد: لا يلزمه ذلك.

قُلتُ: تبع في هذا الشيخ عبد الحميد الصائغ، وعندي ليس قول أَصْبَغ بصريح في لزوم طلاق هذا المرتجع، إنما قال: لا أحب ولعله يقوله في المشاغر، ورجعة المختلع مختلف فيها.

قال أبو عمر: قال ابن المسيب وابن شهاب: إن رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها وصحت له.

قُلتُ: هذا مع الخلاف في لزوم طلاق المختلع.

قال أبو عمر: قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن المسيب وشريح وطاووس[1] والزهري: طلاقه لاحق ما دامت في العدة، وإن لم يقل أَصْبَغ في استحباب ذلك في المشاغر فهو لقوة دليل المخالف عنده. ابن بشير عن بعض القرويين.

ابن القاسم: وإن قال برعي الخلاف، فإنه لا يطرد في أن يفسخ نكاحًا صحيحًا على مذهبه لرعي مذهب غيره مثل أن يتزوج زواجًا مختلفًا فيه فيطلق فيه ثلاثًا.

قال ابن القاسم: يلزمه الطلاق لكنه إن بادر فتزوج تلك المرأة قبل زوج، فإنه لا يفسخ نكاحه بوجه؛ لأنه يصير يفسخ ما هو صحيح عنده لرعي مذهب غيره، وهذا لا ينبغي أن يقال.

قال ابن عبد السلام: هذا لا بأس به إن كان مقتضى لزوم الطلاق في هذا النكاح هو مراعاة الخلاف ليس إلا عند ابن القاسم، وإن كان مقتضيه حصول شبهة النكاح كانت تلك الشبهة هي المقتضية للحوق الولد وسقوط الحد، وغيرهما من الأحكام التي ساوى هذا النكاح فيها النكاح الصحيح، فالطلاق حينئذ وقع هنا وقوعه في النكاح الصحيح، وعلى هذا التقدير يفسخ نكاحها إن تزوجها قبل زوج.

قال: فإن قلت: لا يصلح كون الشبهة هي مقتضى ما ذكرت؛ لأنها حاصلة في النكاح المجمع على فساده، ولم تقتض صحة وقوع الطلاق فيه.

قُلتُ: الشبهة في المختلف فيه أقوى منها في المجمع على فساده، وإذا اختلفت فيهما صح أن يختلف حال أثرها.

---

(1) هو: طاوس بن كيسان اليماني، أبو عبد الرحمن الحميري الجندي، وقيل: اسمه ذكوان، وطاووس لقب، روى عن: العبادلة الأربعة، وأبي هريرة، وعائشة وغيرهم، وعنه: ابنه عبد الله، ووهب بن منبه، وسليمان التيمي، وإبراهيم بن ميسرة وغيرهم. قال عبد الملك بن ميسرة عنه: أدركت خمسين من الصحابة. قال الذهبي: وحديثه في دواوين الإسلام، وهو حجة باتفاق. مات سنة ست ومائة وقيل بعد ذلك، روى له الجماعة.
انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: 9/ 38.

قُلتُ: يرد جوابه عن سؤاله نفسه بأنه لا قوة للشبهة في المختلف فيه إلا بوجود قول قائل بصحته عملًا بالدوران والمناسبة، ولا معنى لرعي الخلاف إلا هذا، ويرد قوله "هذا لا بأس به"، وقبول ابن بشير قول القروي بوضوح مخالفة قولهم ماهو معلوم من المذهب كالضرورة، وهو اتفاق أهل المذهب قديمًا وحديثًا على أن الفرق بين فرقة الفسخ، وفرقة الطلاق الحكم لفرقة الفسخ باللغو.

وفي إيجاب بعض ما يوجب وقف تجديد النكاح بين الزوجين المفسوخ نكاحهما على نكاح الزوجة زوجًا آخر فضلًا عن كله، والحكم لفرقة الطلاق بنقيض ذلك، وإذا كان ذلك كذلك لزم أن من طلق في نكاح مختلف فيه على القول بلزوم طلاقه أنه إن تزوجها بعد ذلك لم يبق له فيها من الطلاق إلا تمام الثلاث على الطلاق الذي أوقعه، فإذا كان الواقع منه فيه الثلاث لزم حرمتها عليه إلا بعد زوج سواء اجترأ وتزوجها أو لا، ولو كانت جرأته على تزويجها قبل زوج في طلاقه إياه ثلاثًا في نكاحه الفاسد توجب لغو طلاقه الثلاث لزم في طلاقه إياها فيه طلقة أنه إذا تزوجها بعد ذلك، ثم طلقها طلقتين، ثم تزوج قبل زوج ألا يفسخ نكاحه إياها قبل زوج، وذلك باطل ضرورة على القول بلزوم طلاقه فيه، وإلا صار طلاقه غير لازم، والفرض لزومه هذا خلف، وفي ثاني نكاحها يلزم فيما فسد لصداقه الطلاق والخلع قبل فسخه ويتوارثان للخلاف فيه، وإن طلقها فيه ثلاثًا لم تحل له إلا بعد زوج.

قُلتُ: ظاهره أن حرمتها بالثلاث فيه كحرمتها بها في النكاح الصحيح، وفي كتاب الأيمان بالطلاق سمع أبو زيد ابن القاسم قد كتب لصاحب الشرطة فيمن حلف إن تزوج فلانة فهي طالق البتة فتزوجها، ودخل بها لا يفرق بينهما، بلغني قول ابن المسيب لرجل قال له: حلفت بطلاق فلانة إن تزوجتها تزوجها وإثمك في رقبتي، وزعم أن أبا المخزومي حلف على أمه بمثل ذلك.

ابن رُشْد: رعى ابن القاسم القول بأنه لا يلزم طلاق من لم ينكح، وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم، فلم ير أن يفرق بينهما إذا دخلا والمشهور التفرقة بينهما على كل حال شذوذ في المذهب، وإنما الخلاف المشهور في مراعاته في الإرث والطلاق والعدة فقيل: لا إرث بينهما إن مات أحدهما قبل أن يعثر على ذلك، وإن كان هو الميت

لم تلزمها عدة إلا أن يموت بعد البناء فتعتد ثلاث حيض، وهو رواية محمد وسماع عيسى ابن القاسم ودليل ما في المَدَوَّنة، وعليه لا يكون فسخه طلاقًا، ولا يلزم فيه طلاق قبل العثور عليه، ولا نصف المهر إن طلق قبل البناء أو فرق بينهما قبله، وقيل: يثبت فيه الإرث والطلاق والعدة لو فاته بأربعة أشهر وعشر، ويكون فسخه بطلاق، ويكون لها نصف المهر إن فرق بينهما قبل البناء، ويراعى الخلاف في الحد ولحوق النسب، فيدرأ الحد ويلحق النسب في مشهور المذهب، وشذ ابن حبيب فلم يراع في ذلك فأوجب الحد وأسقط النسب إذا كان فاعل ذلك عالمًا غير جاهل، فرعي الخلاف في عدم الفرقة بينهما شذوذ، وترك رعيه في درء الحد ولحوق النسب شذوذ وغلو، ولا خلاف في المذهب في وقوع الحرمة به.

[باب في رعي الخلاف]

قلت: وكان منذ مدة وردت علي أسئلة اقترح مرسلها والوارد بها علي في أجوبتها، فمنها ما حاصله استناد مالك وغيره من أهل المذهب إلى رعي الخلاف، وجعله قاعدة مع أنهم لا يعتبرونه في كل موضع مشكل من ثلاثة أوجه:

الأول: إن كان حجة عم وإلا بطل، أو لزم ضبط تخصيصه بموضع دون آخر.

الثاني: على فرض صحته ما دليله شرعا؟ وعلى أي شيء من قواعد أصول الفقه ينبني؟ مع أنهم لم يعدوه منها.

الثالث: أن الواجب على المجتهد اتباع دليله إن اتحد أو راجحه إن تعدد، فقوله له بقول غيره إعمال لدليل غيره دون دليله.

فأجبت بقولي تصور رعي الخلاف سابق على مطلق الحكم عليه فرعي الخلاف عبارة عن إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر(1) كإعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم

(1) قال الرَّصاع: هذا الرسم ذكره الشيخ: في باب ما يقع الفسخ فيه بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الفاسد بعد أن ذكر قاعدة رواية البلاغ، وهي كل نكاح اختلف فيه ليس بحرام بين فالفسخ فيه =

بطلاق، وكل نكاح لم يختلف في فساده فالفسخ فيه بغير طلاق، وذكر رواية السماع التي قال بها أكثر الرواة: كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق، وكل نكاح لم يكونا مغلوبين على فسخه فالفسخ فيه بطلاق، ورتب المسائل المبنية على ذلك، وذكر بحث ابن بشير وابن عبد السلام، ورد على شيخه، واستطرد ذكر الخلاف الشاذ ومراعاته، وذكر مما أورد عليه من الأسئلة الغرناطية أن أهل المذهب يستندون إلى مراعاة الخلاف وجعلوه قاعدة، فسأل السائل عن دليله من جهة الشرع، واستشكل السائل مراعاة المجتهد دليل غيره والمراعى في الحقيقة إنما هو الدليل لا قول القائل كما حققه الشيخ ابن عبد السلام في أول شرحه وكذلك غيره، وهل يراعى كل خلاف أو ما يراعى إلا الخلاف القوي فيه خلاف، وكذلك هل يراعى الخلاف مطلقًا كان مذهبيا أم لا؟ وهذا هو التحقيق، وتأمل كلام الشيخ ابن عبد السلام في الكلام على إزالة النجاسة في سؤاله وجوابه، وكذلك عند قوله وكره للخلاف وهل يصح مراعاة الخلاف ابتداء أو لا يصح إلا بعد الوقوع كان يمضي لنا أنه يجوز ذلك ابتداء ويدل عليه قول ابن الحاجب وكره للخلاف، وقبلوه ونقل عن شيخنا الإمام العقباني: أنه كان رد به على من زعم أنه لا يكون إلا بعد الوقوع، ثم وقفت على كلام الشيخ المغربي: لما تكلم على كلام ابن رُشْد بعد ذكره الخلاف في المسبوق هل هو قاضيًا أو بانيًا.

قال ابن رُشْد وقول مالك: إنه إذا سلم الإمام وأدرك ركعة من الظهر يقرأ بأم القرآن وسورة، فإذا ركع وسجد جلس، فإذا قام قرأ بأم القرآن وسورة إنما أجاب بأن ما أدرك مع الإمام أولها، ورأى أن يحتاط بزيادة السورة في السورة رعيًا للخلاف.

قال الشيخ: وفيه إشكال لكونه راعى الخلاف قبل الوقوع، وإنما يراعى بعد الوقوع فتأمله مع هذا والله أعلم، وذكر الشيخ أن الحكم على مراعاة الخلاف يستدعي سبق تصوره فذكر رسمه بما نقلنا عنه فقوله: (إعمال دليل) جنس لرعي يصدق على رعي الخلاف، وغيره.

(فإن قلت): كيف صح في الإعمال أن يكون جنسًا للرعي والرعي معناه اعتبار الشيء كما تقول راعى فلان فلانًا معناه اعتبره، وقام له بما يناسبه فالإعمال كأنه مسبب عن الرعي.

(قُلتُ): نمنع ذلك بل معنى رعي الخلاف الإعمال، وما أشرت إليه إن سلم فإنما هو لغة.

(فإن قلت): جرت عادته في رسمه حقائقه أن يقول في المحدود إذا كان مضافًا لقب على كذا كما قال في بيوع الآجال وغيرها فهلا قال هنا لقب على إعمال إلخ.

(قُلتُ): غالبه كما قلت، وربما وقع له غير ذلك، ولم يظهر ما يضبط لي المقام الذي يعين فيه باللقب إلا أن يقال وقع له هنا أن قال عبارة عن إعمال إلخ، وهذا يقوم مقام اللقب لكن يرد أن يقال لم قال عبارة، ولم يقل لقب، وقد قدمت وجهه على ما فيه قوله: (دليل) فصل أخرج به غير الدليل قوله: (في لازم مدلوله) أخرج به إعمال الدليل في مدلوله والدليل هو ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري والمطلوب هو المدلول فالنهي الوارد مثلا في نكاح الشغار دليل مدلوله تحريم نكاح الشغار، ولازم هذا المدلول فسخه، ودل عليه دليل النهي؛ لأنه يدل على فساد المنهي عنه وفسخه ونكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية وبغير طلاق في أخرى ومن خالف مالك يقول بأنه لا

يجب فسخه والجاري على فسخه بغير طلاق أن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ولا ميراث، وقد وقع لمالك: أنه يقول يقع الفسخ بطلاق ويلزم فيه الطلاق ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما فالجاري على أصل دليله ولازم قوله أنه لا ميراث في ذلك فلما قال بثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع لدليل دل على ذلك، وهوعدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين فأعمل.

مالك: دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله، وهو ثبوت الميراث، وهذا المدلول المذكورأعمل.

مالك: دليله في نقيضه، وهو فسخ النكاح، وأعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح، وهو معنى قولهم مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل من الخصمين فصح من هذا أنه يكون حجة في موضع دون موضع وأنه بحسب ما يقع في نفس المجتهدين من رجحان دليل المخالف، ثم إن الشيخ: لما قرر الرسم وحقق به الجواب عن إشكال من سأل أو رد سؤالا، وإنما نبهت عليه لتمام فائدته والسؤال معناه لو صح ما قررتم في مراعاة الخلاف وحققتم من ملاحظة لازم دليل المدلول قد استعمل في نقيضه دليل آخر لأدى ذلك إلى ثبوت ملزوم، ولا لازم له، وهو باطل أيوجد ملزوم ولا لازم له محال وفصل لم يقم نوعه به بيان الملازمة أن فسخ النكاح ملزوم لنفي الميراث، وإذا ثبت الفسخ انتفى الميراث؛ لأن الميراث يدل على ثبوت العصمة وفسخه يدل على نفيها فقد وجد الملزوم، وهو الفسخ بدون لازمه، وهو عدم الإرث فأجاب الشيخ بالجواب الثاني، وهو ظاهر، وأن ذلك إنما هو في الأمور العقلية، وأما الجعلية فلا غرابة في وجود ملزوم ولا لازم له لثبوت مانع منع منه، وأما الجواب الأول فهو على سبيل التنزل، وهو قدح في أن المسألة من باب وجود الملزوم بل من باب نفي الملزوم أو من باب وجود اللازم وكل منهما مغاير لما ألزمه السائل ولا إحالة فيه بيانه أن نقول إنما ذلك من باب نفي الملزوم على قول مالك ودليله؛ لأنه يقول بنفي صحة النكاح وصحة النكاح ملزومة للإرث فلا يلزم من نفي الإرث الذي هو صحة النكاح نفي اللازم الذي هو الإرث فما قال باعتبار مذهبه إلا بنفي الملزوم لا بثبوت الملزوم مع نفي اللازم وباعتبار رعي دليل المخالف في لازم مدلوله، وهو الإرث قد أثبت اللازم، ولا يلزم منه ثبوت الملزوم هذا معنى كلامه: ونفع به وتأمل هذا مع ما قدمنا من بحثه مع شيخه، وذكرناه في نكاح التفويض فراجعه، وبعد ذكر ما قررت به كلامه في سؤاله وجوابه بما ذكر ظهر لي تلخيصه بعد وقوفي على ما بعده وذلك أنه: لما حرر الرسم قال فإذا تقرر هذا فالجواب عن السؤال الأول أن نقول هو حجة في موضع دون موضع،وهذا جواب عن إشكال إعمال مراعاة الخلاف فإنهم لم يعتبروه في كل موضع، ولو كان حجة لعم ذلك، وذكر ما يضبطه بقوله رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قول المخالف كرجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك على دليل مالك في لازم مدلول دليله، وهو نفي الإرث. قال: وثبوت الرجحان ونفيه بحسب النظر من المجتهد في النازلة، ثم أورد سؤالا على مقتضى ما اقتضاه رسمه وضابطه، وأن القول بذلك في كون المجتهد يستعمل دليله في مدلول

قوله ويستعمل دليل خصمه في لازم مدلول أعمل في نقيضه دليل المجتهد يئول أمره إلى أنه قال: بوجود ملزوم وأبطل لازم مدلوله لدليل خصمه ويستحيل وجود الملزوم ولا يوجد لازمه (وأجاب) عن ذلك بجوابين الأول منهما أنه منع في بعض المسائل أن ذلك من باب وجود الملزوم ونفي اللازم ومنه هذه المسألة في الشغار وشبهها؛ لأنا نقول إن ذلك من باب نفي الملزوم ومن باب إثبات اللازم، أما الأول فقال مالك: بنفي الملزوم والملزوم هو النكاح الصحيح ويستعمل دليله في ذلك، ولا يلزم من نفي الملزوم نفي اللازم، واللازم هو الإرث والملزوم النكاح الصحيح واستعمل دليل خصمه في لازم مدلوله، وهو الإرث وذلك المدلول استعمل في نقيضه دليل آخر والمدلول المستعمل في نقيضه ما ذكر، وهو النكاح الصحيح الذي لازمه الإرث، وأما أنه من باب إثبات اللازم فلرعي مالك دليل مخالفه في لازم مدلوله، وهو الإرث المذكور، ولا يلزم من إثبات اللازم إثبات الملزوم فحاصله ليس في إعمال دليل مراعاة الخلاف إثبات ملزوم من قول مالك بوجه، وإنما فيه نفي ملزوم، وإثبات لازم كما قررنا، ولما قررنا كلام الشيخ: وبسطت سؤاله وجوابه على ما قرره من دليل رعي الخلاف وقع لكثير من أهل المجلس المراجعة في تصحيح كلامه، وأشكل عليهم دعوى الشيخ: أن ذلك من نفي الملزوم لا من ثبوت الملزوم وانفصل المجلس على نظر وبحث فراجعت كلام الشيخ: في لفظه فوجدت فيه ما يشير إلى بعض ما وقع بالمجلس من سؤال وجواب وأن السائل: لما كان من العلماء المحققين ومن الأشياخ الراسخين وبلغه ما أجاب به الشيخ العالم الثقة الأمين راجعه في كلامه وسؤاله وجوابه، وبعث بنص كلامه وتلخيص ما يخص السؤال والجواب مع حذف ما لا يحتاج إليه هنا أن السائل: قال قول الشيخ إن مراعاة الخلاف في الشغار ترجع إلى نفي الملزوم غير بين واستدل على عدم البيان بوجوه حذفنا الأول لطول الكلام فيه الثاني من الوجوه الدلالة على أن ذلك غير بين أنه أبطل ما ادعى الشيخ من لزوم الإرث للنكاح، وأنه لازم أعم وعليه يتم الجواب فقال السائل اللازم هنا مساو لملزومه؛ لأن الإرث اللازم للنكاح المخصوص إرث خاص لا إرث مطلق واستدل على ذلك بدورانه مع وجوده طردًا وعكسًا في النكاح الصحيح ونفيه في النكاح المجمع على فساده، وأجاب الشيخ: بأن قال الإرث إما أن يكون مساويًا لمطلق النكاح غير المجمع على فساده، ويدخل تحته نكاح صحيح ونكاح اختلف في صحته، وإما أن يريد أن النكاح الصحيح الإرث مساو له فإن قصد الأول لم يعارض قولنا بحال؛ لأن المدعى ليس فيه، وإنما المدعى في أن النكاح الصحيح ملزوم للإرث، والإرث لازم لنكاح مقيد بالصحة والنكاح المقيد بالصحة ملزوم لمطلق إرث النكاح الأعم المقابل للصحة والفساد، وهذا اللازم أعم من الملزوم المذكور ضرورة كون الملزوم مقيدًا بالصحة، ولا يصح أن يكون هذا اللازم مساويًا؛ لأنا قررنا أن النكاح الصحيح أخص من مطلق نكاح، ومطلق نكاح قابل للصحة والفساد، وإنما يتوهم المساواة من اعتقد أن العقد الفاسد إذا وقع لا يترتب عليه ثمرة بحال وقواعد المذهب الضرورية تنفيه، ثم ذكر ما يشهد لذلك هذا خلاصة رده على السائل الباحث معه في الرد الثاني على سؤاله وجوابه، وهذا الجواب قد يتوهم معارضته لقوله أولًا إن فسخ النكاح مستلزم

لعدم الإرث؛ لأنه جعل عدم الإرث أولًا لازما، وهنا لم يجعل ذلك، وهو غير معارض في التحقيق؛ لأنه أولا جعل المستلزم لمنع الإرث هو الفسخ وهنا ذكر أن الفاسد لا يستلزمه ولا تصح المعارضة إلا إذا كان المفسوخ والفاسد متساويين أما إذا لم تثبت مساواتها فلا والظاهر أن الفاسد أعم من المفسوخ وما لزم الأخص قد لا يلزم الأعم قال السائل المذكور. الوجه الثالث في البحث مع الشيخ في زعمه أن ما ذكر إنما هو من نفي الملزوم لا من ثبوته. قال: وإن سلمنا ذلك فالسؤال باق؛ لأنا نقول هو أيضًا من إثبات الملزوم؛ لأن نفي النكاح الصحيح هو فاسد النكاح الملزوم لانقطاع الإرث، ثم قرره بما حاصله معارضة في الحكم كأنه يقول ما ذكرت من الدليل على ثبوت الحكم في صورة النزاع عندنا ما يدل على نفيه وذلك بادعاء أن فساد النكاح ملزوم لعدم الإرث فآل الأمر إلى الحكم بثبوت الملزوم ونفي لازمه وأجاب الشيخ: بمنع أن الفاسد من النكاح ملزوم لعدم الإرث وسند المنع أن الملزوم لا بد فيه من علاقة بينه وبين ذلك اللازم وهي هنا أن نسبة النكاح الفاسد إلى عدم الإرث كنسبة النظر الفاسد إلى عدم الجهل والنظر الفاسد لا يستلزم الجهل والجواب الثاني أن نقول بأنه مستلزم للإرث لا لعدم الإرث؛ لأن قاعدة المذهب أن العقد الفاسد يوجب ترتب بعض ثمرات الصحيح عليه ومن ثمرات الصحيح الإرث وذلك ينتج إبطال قولكم إن النكاح الفاسد مستلزم لعدم الإرث هذا ما يتعلق بالجواب الأول باختصار، وأما الجواب الثاني فرد السائل عليه ما حاصله أن ما ذكر من التخصيص بالنقض في الشرعيات ليس كذلك بل وكذلك في العقليات، وأن انفكاك اللازم عن ملزومه جائز في الجميع.

قال: وبيان ذلك بالنظر، فإنه قد يوجد النظر الصحيح ولا يوجد العلم لطريان آفة، وهذا كلام كما قال الشيخ الإمام: لا يصح وأغلظ في القول هنا وألزمه إلزامات شنيعة وحق له واستدل على رد قوله بأدلة جلية وما وقع به الوهم أن بنينا على قول الشيخ أن استلزام النظر عادي فقد خرجت المسألة عن الذي نحن فيه، وإن فرعنا على أنه عقلي فإنه يقع الاستلزام مع وجود الشرط وهو عدم الآفة، وهذا الكلام حق لا شك فيه وهو خلاصة البحث بين الشيخين رحمهما الله تعالى، ولولا الخروج عن المقصد لأشرنا إلى بعض ما يرد في ذلك وتقع المذاكرة به والله سبحانه يوفق الجميع بمنه وفضله ولا يخفى ما في ذلك على الناظر.

(فإن قلت): يرد على رسمه لمراعاة الخلاف إذا أعمل مجتهد دليلًا في لازم مدلول قد أعمل مجتهد آخر دليلًا في نقيض ذلك المدلول؛ لأن الرسم صادق عليه.

(قُلتُ): يظهر أنه لا بد من تقييد بمجتهد واحد وفيه بحث.

(فإن قلت): رسمه: هل يعم مراعاة الخلاف ابتداًء أو وقوعًا أو ذلك خاص بالوقوع، ولا يصح مراعاة الخلاف ابتداء.

(قُلتُ): رسمه يعم ذلك وما ذكره من المثال إنما هو لبيان الفهم ولا يقصر ذلك عليه، وقد قال ابن الحاجب، وكره للخلاف الماء المستعمل، وقد أجاب بذلك الشيخ الإمام العقباني: بديهة حين سئل عن المسألة، وقد نص على ذلك بعض المحققين، ورسم الشيخ إذا سلم يصدق في ذلك وتنزيله في

مدلوله، ومدلوله عدم فسخه ولازمه ثبوت الإرث بين الزوجين فيه، وهذا المدلول أعمل في نقيضه وهو الفسخ دليل آخر وهو دليل فسخه، فإذا تقرر هذا فالجواب عن الأول أن نقول هو حجة في موضع دون آخر، قوله ما ضابطه؟ قلنا ضابطه رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قول المخالف كرجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك على دليل مالك في لازم مدلول دليله وهو نفي الإرث وثبوت الرجحان ونفيه بحسب نظر المجتهد في المسألة، فإن قلت: هذا يوجب القول بإثبات الملزوم مع نفي لازمه وهو باطل ضرورة.

قُلتُ: جوابه من وجهين:

الأول: أنه في بعض المسائل ليس كذلك، منه هذه المسألة وشبهها؛ لأنه فيها من باب نفي الملزوم، وهو صحة النكاح الملزوم للإرث، هذا قول مالك بمقتضى دليل نفسه، ولا يلزم من نفي الملزوم نفي لازمه، ومن باب إثبات اللازم، وهو رعي مالك دليل مخالفه في لازم مدلوله وهو الإرث، ولا يلزم من إثبات اللازم إثبات الملزوم.

الثاني: إثبات الملزوم مع نفي لازمه إنما هو باطل مطلقًا في اللوازم العقلية، وأما في الظنية الجعلية فلا قد يكون هناك مانع يمنع من ثبوت اللازم مع وجود ملزومه كموجبات الإرث هي ملزومة له، وقد ينتفي الإرث لمانع مع وجود ملزومه شرعًا وأمثلته واضحة، وأما دليله شرعًا فبيانه من وجهين:

مسألة الماء المستعمل لا يخفى على من فهم الرسم، وكلام الشيخ ابن عبد السلام هنا حسن؛ لأنه قال كثيرًا ما يجري على ألسنة الفقهاء الحكم كذا لمراعاة الخلاف ويقولون: هل يراعى كل خلاف أم لا؟ قولان: وإذا لم نراع كل خلاف راعينًا المشهور، وهل المشهور ما كثر قائله أو ما قوي دليله فيه خلاف، والذي يعتقد أن الإمام إنما يراعي من قوي دليله وإذا حقق فليس بمراعاة للخلاف ألبتة، وإنما هو إعطاء كل من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض انظره، وهذا يرجع إلى معنى ما قررنا في رسم الشيخ.

(فإن قلت): إذا كان كذلك فهل تجب مراعاة الدليل أو تجوز.

(قُلتُ): يظهر وجوب ذلك عند المجتهد وتأمل بحث ابن عبد السلام مع ابن بشير في بيع العذرة وسيأتي.

الأول: الدليل الدال على وجوب العمل بالراجح، وهو مقرر في أصول الفقه فلا نطول بذكره.

الثاني: حديث قوله ﷺ: **«الولد للفراش وللعاهر الحجر»** و**«احتجبي منه يا سودة»**[1]، وصحة الحديث ووجه دلالته على ما قلناه عندي واضحة بعد تأمل ما ذكرناه، وفهم ما قررناه.

والجواب عن الثالث قوله: إنه إعمال لدليل غيره، وترك لدليله، إنا بينا أنه إعمال لدليله من وجه هو فيه أرجح وإعمال لدليل غيره فيما هو فيه عنده أرجح حسبما بيناه وحسبما تضمنه حديث: **«الولد للفراش»**، والعمل بالدليلين فيما كل منهما هو فيه أرجح، ليس هو إعمالًا لأحدهما وتركا للآخر؛ بل هو إعمال للدليلين معًا حسبما قررناه، ثم ورد علي من السائل ما نصه: قولكم إن مراعاة الخلاف في نكاح الشغار من باب نفي الملزوم ولا يلزم منه نفي لازمه ومن باب إثبات اللازم ولا يلزم منه إثبات الملزوم إلى آخره غير بين من وجوه:

الأول: أن هذا النكاح إما ان نقول إنه صحيح أو نقول إنه فاسد، فإن كان الأول فهو رأي الحنفية خلاف رأي المالكيَّة فلا مراعاة لخلاف، وإن كان الثاني فمعنى الفساد سلب الأحكام وتخلف الثمرات، وهذا خلاف ما عليه مراعاة الخلاف؛ لأنالنكاح معها فاسد مع عدم تخلف الثمرات كالميراث والطلاق وهذا متناف، وليس النهي في نكاح الشغار راجعًا إلى وصف منفك حتى يكون كالصلاة في الدار المغصوبة تصح، وإن كان منهيًا عنها إلا أن يقال إنه غير صحيح قبل الوقوع، فإذا وقع صح حسبما أشرتم إليه بقولكم إنه إعمال لدليله من وجه هو فيه أرجح وإعمال لدليل غيره فيما هو عنده فيه أرجح، وكيف يكون المنهي عنه إذا ارتكب فيه النهي يصير غير منهي عنه، هذا يحتاج إلى بيان وجه ذلك فإن النفوس تشمئز من قول من يقول هذا الفعل غير جائز، فإذا فعلته جازه أو يقول هذا الفعل لا ثمرة له، فإذا فعل أثمر؛ هذا مشكل جدًّا في مراعاة

---

(1) أخرجه البخاري: 12 / 113 في الحدود، باب للعاهر الحجر، وفي الفرائض، باب الولد للفراش، ومسلم: رقم (1458) في الرضاع، باب «الولد للفراش».

الخلاف إن كانت منزلة على هذا التنزيل فلكم الفضل في شرح هذا المعنى إن كان هو المقصود في مراعاة الخلاف، وتمثيله في بعض المسائل حتى يكون طريقًا لما بقي.

قُلتُ: حاصله مع مسامحة فيما اشتمل عليه من الترديد في قولنا بصحة هذا النكاح وفساده لمن علم قبح الترديد في الواقع حسبما ذكره أهل علم النظر ضرورة العلم بقولنا بفساده أن الحكم بفساد العقد مع الحكم بترتب ثمراته عليه متناف؛ لأنمعنى الفساد سلب الأحكام وتخلف الثمرات إلا أن يقال إنه قبل الوقوع غير صحيح وبعد الوقوع صحيح والنفوس من هذا مشمئزة إلى آخره.

وجوابه إن قوله: (الحكم بفساد العقد مع الحكم بثبوت ثمرات له متناف)، وهمٌ سببه عدم ذكر أصل المذهب وقاعدته، وهو صدق القضية القائلة العقد الفاسد من نكاح وبيع وكراء يوجب ترتب جملة من الثمرات التي تترتب على العقد الصحيح وهذه القضية معلوم صدقها بالضرورة الفقهية لمن قرأ كتاب البيوع الفاسدة من التهذيب فضلًا عمن قرأ سائر كتب البيوع والأكرية والنكاح، ومن جملة ذلك النكاح المجمع على أنه نكاح فاسد الواقع فيه البناء الفاسد كالوطء فيه في صوم رمضان أو في الحيض يوجب ترتب شيء من ثمرات النكاح الصحيح عليه كثبوت النسب وحرمة الصهر من الجانبين والنفقة والعدة وغير ذلك، ومنها البيع المجمع على فساده كشراء عبد بخمر أعتقه مشتريه أو باعه فإن عتقه ماض، وكذلك بيعه حسبما ذلك مذكور في المدَوَّنة وغيرها، وكذا لو كانت أمة فأولدها كانت له أم ولد، وهذا كله من ثمرات العقد الصحيح، وهو واضح الدلالة على وهم قول السائل الحكم بفساد النكاح مع عدم تخلف الثمرات متناف، وبه يعلم بطلان قوله معنى الفساد سلب الأحكام وتخلف الثمرات.

وما ذكر أن النفوس مشمئزة منه وأنه مشكل، إن فهمه على معنى قولنا أن الفعل قبل إيقاعه محكوم عليه بذم فاعله، وبعد إيقاعه تترتب عليه بعض أحكام الصحيح فواضح عدم اشمئزاز النفوس العالمة بالقواعد الشرعية من ذلك، وإن فهمه على غير ذلك فليس بلازم لما قررناه بحال، وكيف كان فهمه لمسائل مالك في المدَوَّنة والجلاب

وغيرهما في كثير من الأنكحة أنها تفسخ قبل البناء وتمضي بعده، وهل كانت نفسه مشمئزة منها أم لا؟.

قال الوجه الثاني: أنكم بنيتم على أن اللازم في المسألة أعم من الملزوم فبه يصح ما قررتم ولم يظهر أن ذلك كذلك هنا؛ بل اللازم هنا مساو للملزوم، فإن الإرث اللازم للنكاح الصحيح هو إرث مخصوص لا الإرث مطلقًا، وكذلك لو كان النكاح متفقًا على تحريمه لم يترتب عليه إرث، ولو كانت الزوجة بنت عم الزوج ثم ماتت لورثها بالنسب لا بالنكاح كما أنه لو كان متفقًا على حليته لترتب عليه الإرث المخصوص، ولو كانت الزوجة بنت عم الزوج، ثم ماتت لورثها بالسببين معًا فليس اللازم للنكاح من حيث هو نكاح الإرث من حيث هو إرث؛ بل إرثًا ما هو إرث النكاح، فإذا انتفى أحدهما في غير مسألة النزاع انتفى الآخر، وإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر فاللزوم تام كتمامه في قولنا إن كانت الشمس طالعة فضوء النهار موجود فينتج المطالب الأربعة فكذلك في مسألة النزاع، وإنما يستمر ما قلتم في العقليات كقولك: إن كان هذا إنسانًا فهو حيوان، أما في الأمور الوضعيات فلا يستمر، إذ لم يجعل الشارع النكاح سببًا في مطلق الإرث؛ بل في إرث مخصوص، هذا وإن كنت تقول إذا وجد إرث ما فقد وجد الإرث مطلقًا، فإن مثل هذا عقلي، ولم يقصده الشارع.

قُلتُ: حاصله أنه أبطل بزعمه ما ادعيناه من أن لزوم الإرث للنكاح لزوم أعم لأخص بادعائه أنه مساو له، واستدلاله عليه بدورانه معه ثبوتا في النكاح الصحيح، ونفيا في النكاح المجمع على فساده، وجوابه أنه إما أن يريد أنه مساو لمطلق النكاح غير المجمع على فساده، وإما أن يريد أنه مساو للنكاح الصحيح، فإن أراد الأول رد بالقول بموجبه، وبيانه أنا إنما جعلنا الملزوم المحكوم بنفيه النكاح الصحيح لا مطلق النكاح، وجعلناه ملزومًا لمطلق إرث النكاح الأعم من كونه نكاحًا صحيحًا أو فاسدًا، وهذا اللازم أعم من الملزوم المذكور ضرورة كون الملزوم المذكور مقيدًا بالصحة؛ فقد بان أنه إن أراد أنه مساو لمطلق النكاح لم يكن معارضًا لقولنا بحال، وإن أراد أنه مساو للنكاح الصحيح الذي هو الملزوم في قولنا منعنا ذلك، وسند المنع ما قررنا به كونه أعم، والموجب لتوهم كونه مساويًا للنكاح الصحيح اعتقاد أن العقد الفاسد إذا وقع

لا تترتب عليه ثمرة بحال، وقواعد المذهب الضرورية تنفيه حسبما تقدم، وما تقدم من كلام ابن رُشْد في سماع أبي زيد وتعقبه على ابن القاسم رعي الخلاف في عدم فسخ النكاح وقصره رعيه على الإرث، والطلاق يؤيد ما قررناه في رعي الخلاف، واعتبار اللازم وألغاء الملزوم ومن لم يفهم ما قررناه لم يتضح له فهم كلام ابن رُشْد، وتفرقته بين ما هو شاذ، وما هو مشهور في رعي الخلاف.

قال: الوجه الثالث على تسليم ما قلتم فالسؤال باق، فإنه وإن كان كما قررتم فلقائل أن يقول هو أيضًا من باب إثبات الملزوم، وهو فساد النكاح الملزوم لانقطاع الإرث على قول مالك بمقتضى دليل نفسه، ويلزم من إثبات الملزوم إثبات اللازم، ومن باب نفي اللازم، وهو انقطاع الإرث فينتفي هذا الانقطاع رعيًا لدليل المخالف، ويلزم من نفي اللازم نفي الملزوم، وإذا كان ثابتًا في المعقولات أن إثبات الملزوم مع نفي لازمه أو نفي اللازم مع إثبات ملزومه باطل فكذلك مسألتنا، وليس جعلكم إياها من باب نفي الملزوم أو من باب إثبات اللازم بأولى من جعلها من باب إثبات الملزوم أو من باب نفي اللازم.

قُلتُ: حاصله المعارضة في الحكم حسبما فسره أهل النظر، وهو قول السائل للمستدل ما ذكرت من الدليل، وإن دل على ثبوت الحكم في صورة النزاع فعندنا ما يدل على نفيه، وذلك بادعائه أن فساد النكاح ملزوم لعدم الإرث، فحينئذ يؤول الأمر إلى الحكم بثبوت الملزوم مع نفي لازمه، وإلى الحكم بنفي اللازم مع الحكم بثبوت ملزومه، وجوابه من وجهين:

الأول: منع كون الفاسد ملزوما لنفي الإرث، وسند المنع أن الملزوم لأمر لابد من علاقة بينه وبين ذلك الأمر تقتضي ربط أحدهما بالآخر، وبهذا فرق الأئمة بين الشرطية اللزومية وبين الشرطية الاتفاقية كقولنا كلما كان الإنسان ناطقًا كان الفرس صاهلًا، ومن نظر وأنصف علم أن النكاح الفاسد باعتبار ذاته لا علاقة بينه وبين عدم الإرث؛ بل عدم الإرث معه ثابت بالأصل، وعلم أن نسبة النكاح الفاسد إلى عدم الإرث كنسبة النظر الفاسد إلى عدم العلم والمنصوص لأئمتنا أن النظر الفاسد لا يستلزم الجهل بحال، وأن حصول الجهل عقبه اتفاقي.

الثاني: أن النكاح الفاسد مستلزم للإرث لا لعدم الإرث، ودليله ما قررناه من قاعدة المذهب في أن العقد الفاسد يوجب ترتب بعض ثمرات الصحيح عليه، ومن ثمرات الصحيح الإرث فلزم أو أمكن إيجاب هذا النكاح الفاسد الإرث، وأيًّا ما كان بطل كونه ملزومًا لعدم الإرث.

قال: ثم قولكم في الجواب الأول أنه في بعض المسائل ليس كذلك يشعر بأنه كذلك في بعض، وقد أبطلتموه.

قُلتُ: جوابه أن قوله: (وقد أبطلتموه) ليس كذلك؛ بل أثبتناه، وهو مقتضى جوابنا الثاني فتأمله.

قال: وأما الجواب الثاني فظاهره غير ظاهر، فإن اللوازم العقلية قد لا توجد مع وجود الملزومات لمانع كالنظر، فإن إفضاءه إلى العلم عقلي عندهم، وقد يوجد النظر ولا يوجد العلم لطرآن سهو أوقاطع غيره فلا يلزم في العقليات أيضًا إذا وجد الملزوم أن يوجد لازمه فلا يكون إثبات الملزوم مع نفي لازمه في العقليات باطلًا مطلقًا.

قُلتُ: حاصله نقض تخصيصنا انفكاك الملزوم عن لازمه باللوازم الشرعية دون العقلية باعتقاد عموم جواز الانفكاك في الشرعية والعقلية، واستشهاده على ذلك بمسألة النظر، وهذه مقالة من نظر وأنصف علم هل هي من المقالات التي يتردد الذهن في صحتها أو فسادها أو فضيحة نشأت عن التكلم بالهوى الحامل على رد ما لم يحط به الراد علما، ولو كان الأمر كما توهمه لبطل القياس الشرطي بنوعيه، وقد أجمع العلماء على إنتاج نوعه الأول والأكثر على نوعه الثاني، وهو الاقتراني، وكيف يفهم هذا السائل ما قرره الأئمة من المذهب الكلامي، والبرهان الإسلامي في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء: 22]، وقد جرى في كلام هذا السائل قوله: (اللازم المساوي ينتج المطالب الأربعة) وهذا يشعر بمشاركته في علم مقدمة مختصر ابن الحاجب الأصولي التي هي من أقل كاف في ذلك، وفيها مع غيرها كثرة ما نصه وشرط إنتاجه أن يكون الاستثناء بعين المقدم فلازمه عين التالي أو بنقيض التالي فلازمه نقيض المقدم، وهذا حكم كل لازم مع ملزومه وإلا لم يكن لازمًا، فقوله: (وإلا لم يكن لازما) نص في أن الانفكاك مانع من اللزوم، ومن نظر طرفا من المنطق علم صحة ما

ذكرناه ضرورة، وكذلك من نظر طرفا من فن علم الكلام، من جملة ذلك قول الشيخ أبي العز المقترح في شرح الإرشاد في باب القول في إثبات العلم بالصفات قال ما نصه: معنى التعليل التلازم، وما وجب في العقل ملازمته لشيء استحال ثبوته بدونه.

قُلتُ: وهذا نص في استحالة الانفكاك في التلازم العقلي ولله قول المتنبي:

وكيف يصح في الأفهام شيء ... إذا احتاج النهار إلى دليل

واحتجاجه بمسألة النظر وهم أو نقص من الكتب التي استند في نقله إليها، وبيانه أن استلزام النظر الصحيح العلم مذهب الشيخ فيه أنه عادي لا عقلي، وعليه لا مدخل لمسألته في التلازم العقلي بحال، ومذهب الحكماء أنه عقلي، وهو دليل الإرشاد والمعالم، وقاله جماعة من متأخري أصحابنا وكلهم قيدوه بانتفاء الآفة حسبما نص عليه في الإرشاد والمعالم، والمقترح في شرحه وغيرهم، فإن أراد السائل أن النظر الصحيح يستلزم العلم بشرط تقييده بانتفاء الآفة لم يكن النظر المصحوب بآفة أو سهو أو قاطع ملزوما للعلم بحال، فالنقض به حينئذ وهم، وإن أراد أن النظر الصحيح يستلزم العلم مطلقًا لا بقيد انتفاء الآفة رد باعتقاده نقضه، ونقصت عن سائر الكتب كتبه لترك التقييد بالسلامة من الآفة حسبما تجده في كتب الأئمة، وقد كان والله بعض أشياخنا إذا خاطبه الطالب بنحو هذا الوهم أعرض عن جوابه لفظًا فأحرى كتبًا، وأما شيخنا أبو عبد الله بن الحباب: يزجره بالقول زجرًا شديدًا، ولا جواب لمن نازع فيما قلناه إلا بقوله تعالى: ﴿وَإِنَّآ أَوۡ إِيَّاكُمۡ لَعَلَىٰ هُدًى أَوۡ فِي ضَلَٰلٖ مُّبِينٖ﴾ [سبأ: 24].

ثم قال: وأيضًا فمن أين يلزم إذا كان الرق أو الكفر أو القتل مثلا في مسألة الإرث مانعًا من إثبات اللازم، وهو الإرث أن يكون دليل المخالف في مسألتنا مانعًا أيضًا من انقطاع الإرث اللازم لدليل منع النكاح، وقد فرضناه مرجوحًا، وهل السؤال إلا فيه.

قُلتُ: موانع الإرث إنما ذكرناها بيانًا لقولنا اللزوم الشرعي قد ينفك لمانع فقط، ولم نذكره دليلا على أن دليل المخالف مانعًا من انقطاع الإرث بحال، وهذا الكلام منه بناء على ما سلف له من أن عدم الإرث لازم للنكاح الفاسد، وقد مر إبطاله.

وقوله: (وقد فرضناه مرجوحا) ليس كذلك؛ بل قدمنا أن دليل المخالف على

الإرث نفسه راجحًا، وعلى صحة النكاح راجح، والله أعلم وبه التوفيق.

وقول ابن الحاجب ما فسخ قبل البناء فلا صداق وبعده المسمى؛ خلاف نصها في صريح الشغار، والنكاح على أن لا مهر، وقول غيرها يفسخ ما فسد لصداقه ففيه مهر المثل.

ابن شاس: ما أجمع على فساده فسخ ولو بنى، وما اختلف فيه إن فسد لعقده فسخ قبل البناء، وفي فسخه بعده خلاف كنكاح المريض والمحرم، وفيما فسد لصداقه ثالثها: المشهور قبل البناء لا بعده.

قُلتُ: لابن محرز عن القاضي في حمل قول مالك بفسخه قبل البناء على الوجوب أو الاستحباب قولا متقدمي أصحابنا ومتأخريهم، وقول ابن الحاجب: "ما اختلف فيه إن كان بنص أو سنة أو لحق الورثة كالمريض فكذلك" خلاف نقل ابن شاس في نكاح المريض، ونقل اللخمي كابن شاس.

وقوله أيضًا: (إن كان لنص أو سنة) خلاف إطلاق الشيوخ، وظاهر الروايات الحكم في المختلف فيه مطلقًا، ولأن وجود النص فيه والسنة بنفي القول بجوازه، وتعقبوا قوله نحو عقد الدرهمين بأن نصها: والمشهور في عقد الدرهمين عدم فساد العقد؛ لأن المشهور فيه تخيير الزوج في إتمام ثلاثة دراهم ولا تخيير في الفاسد، ويجاب بأنه على المشهور معروض للصحة والفساد بحسب اختياره الإتمام وعدمه، فذكر ابن الحاجب فاسدًا من حيث فساده، وهو عدم اختياره الإتمام.

[باب في المتعة]

المتعة: ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها[1]، المعروف أنها مستحبة يؤمر

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما يؤمر الزوج) جنس يعم جميع ما يطلب في حق الزوج للزوجة، وقوله لطلاقه إياها يخرج النفقة والكسوة وغير ذلك والديون التي عليه لها.
(فإن قلت): كيف يخرج نصف الصداق إذا طلقها قبل البناء، فإنه يصدق عليه أنه يؤمر به الزوج لأجل طلاقه (إياها) وقد أورد بعض الشيوخ عليه ذلك.
(قُلتُ): لا يدخل ذلك؛ لأن النصف لم يؤمر به لأجل الطلاق بل كان واجبا لها؛ لأنها تملكه بالعقد عليها

بها، ولا يقضى بها، ولا يحاصص بها.

ابن زرقون في المبسوطة عن محمد بن مسلمة: هي واجبة يقضى بها لازمة، لا يأبى أن يكون من المحسنين، ولا من المتقين إلا رجل سوء.

قُلتُ: ولأن رأي المتقدمين أن المؤمن والمتقي متساويان، والعموم مقدم على المفهوم على الأصح ونقله اللخمي ولم يعزه.

ابن بشير: رأي بعض أشياخي أن الصحيح وجوبها لاقتضاء لفظ حق الوجوب وأكده لفظ علي، وعزاه بعضهم لابن حبيب، وهي لكل مطلقة في عصمة لا ثلم فيها، ولا خيار على الزوج.

وفيها: لا متعة لمختلعة ولا مصالحة ولا ملاعنة، ولا مطلقة قبل البناء، وقد سمى لها، زاد ولا مفتدية ولا من اختارت نفسها لعتقها، زاد اللخمي: أو قامت بعيب ولا من فسخ نكاحها، ولو لعارض حدث، وقول الباجي: المفارقة عن مقابحةٍ كالملاعنة خلاف ظاهر المذهب.

ابن رُشْد: ظاهر قول ابن القاسم إن طلق فيما يفسخ بطلاق قبل فسخه فلا متعة عليه.

اللخمي: إن فسخ لرضاع بأمر الزوج رأيت عليه المتعة، وإن اشترى زوجته لم

وفيه بحث.

(فإن قلت): يرد عليه ﷺ إذا أعطت الزوجة زوجها مالا على أنه لا يطلقها ثم أخذ المال ثم طلقها قالوا، فإنه يرد لها المال فيصدق فيه أنه ما أمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها.

(قُلتُ): يمكن الجواب عن ذلك أن نقول قوله: (لطلاقه إياها) إذا حققت العلة لا يرد ذلك.

(فإن قلت): نص أهل المذهب أنه لا يقضى بها والأمر يقتضي الوجوب في أصله فكيف صح قوله ما يؤمر به.

(قُلتُ): الأمر أعم مما يقضى به أم لا والمستحب مأمور به ولا يقضى به وكثير من الواجبات لا يقضى بها. واختلف المذهب فيها بالوجوب والاستحباب.

(فإن قلت): متعة المخيرة والمملكة كيف يدخل في رسمه؛ لأن الطلاق من الزوجة لا من الزوج.

(قُلتُ): لنا أن نقول الرسم على المشهور ولا متعة لمن ذكر عليه والله سبحانه أعلم، وإن قلنا بالشاذ فيقال الزوجة نائبة عن الزوج فكأنه هو المطلق إلا أنه يقال حقه أن يقول إياها أو من يقوم مقامه.

يمتعها لبقائها معه، ولو اشترى بعضها متعها، وفي متعة المخيرة، والمملكة نقل ابن رُشْد رواية ابن وَهْب، وقول ابن خويز منداد.

الصقلي: لمن اختارت نفسها لتزويج أمة عليها المتعة.

وفيها: الصغيرة وذات الرق والذمية كالكبيرة الحرة المسلمة.

اللخمي والباجي: والمولي القادر على الوطء كغيره.

ابن الحاجب: ليس للسيد منع عبده منها.

ابن محرز عن ابن وَهْب وأشهب: إن لم يمتعها حتى ارتجعها سقطت.

فضل: وعليه لا تجب في الطلاق الرجعي إلا بانقضاء العدة، وإن لم يمتعها حتى مضى لها وقت، وتزوجت متعها.

اللخمي: اختلف إن لم يمتعها حتى بانت، ثم تزوجها فظاهر قول ابن وَهْب وأشهب أن لا متعة.

ابن بشير: المنصوص أن لها المتعة واستقراء اللخمي غير صحيح؛ لأن هذا نكاح ثان.

أبو عمران: لو طلق بعد بنائه من نكحها بتفويض وأنكر المسيس وادعته قضي لها بمهرها تحاسب منه بالمتعة، ولا يمكن كون المتعة أكثر من مهرها؛ لأنها على قدر حالها.

عبد الحق: إن دفع المهر على أنه أو بعضه متعة أجزأه، وإلا فهي باقية عليه، وقد يرجع جواب أبي عمران إلى هذا.

قُلتُ: إن دفعه على ذلك نصًا فلها طلبه بالمهر أو تمامه.

ابن رُشْد: وتبطل بموته، وفي وجوبها لوارثها إن ماتت، وسقوطها قولا ابن القاسم وغيره، وعزاه اللخمي وعبد الحق لأَصْبَغ، وفيها: لمالك لا حد لها.

وفي كونها على قدر حالها أو حال الزوج، ثالثها: بقدر حالهما لأبي عمران وأبي عمر وابن رُشْد.

وفيها لابن عباس أعلاها خادم أو نفقة وأدناها كسوة، وإن اختلف الزوجان في قدر المهر ولا موت ولا طلاق قبل بناء ففيها القول قولها، ويخير الزوج في تمام ما ادعته وإلا تحالفا، وفسخ النكاح ولا شيء لها.

اللخمي: في تبدية الزوجة أو الزوج قول مالك ورواية الواقدي، وأن يقترعا أحسن.

المتيطي: إثر هذا الكلام قال أبو عمر: روى ابن وَهْب يحلف الزوج على ما ادعته الزوجة ويفسخ، وفي تقرر الفسخ بتمام حلفهما كاللعان، ووقفه على الحكم به قولا سَحنون مع عبد الحق عن بعض شيوخه محتجًا بمخالفة النكاح البيع للاحتياط وأبي حفص، ونقل اللخمي مع ابن سهل عن ابن حبيب: للزوج بعد حلفهما المقام على ما ادعته الزوجة أو الترك ولا شيء عليه، والمتيطي عن القاضيين، وعن المغيرة لكل منهما الرجوع لقول الآخر، ورجحه ابن محرز بأن أيمانهما لم توضع للفسخ، زاد اللخمي: وعليه إن طلقها ثلاثًا قبل الفسخ لزمه.

قُلتُ: وعلى الآخر يجري على اتباع الخلع الطلاق. قال: وعليه إن مات أحدهما توارثا، وهو أحسن إلا أن يكونا عقدًا أن تحالفهما فسخ فيلزم ما التزم.

قُلتُ: يكفي كون هذا من الزوج فقط.

ابن سهل: نقل بعض المختصرين عن ابن حبيب: تحلف الزوجة إن كانت ثيبًا أو أبوها إن كانت بكرًا، ثم للزوج الرضا بذلك أو يحلف، وينفسخ النكاح خلاف ما في الأصل.

قُلتُ: لا يجوز لمختصر نقل خلاف ما في الأصل إلا ببيان أنه خلافه.

اللخمي: لو أتى أحدهما بما يشبه دون الآخر ففي حلفهما، وقبول قول ذي الشبه روايتان، وهذه أحسن؛ لأن الشبه دليل كشاهد، وفي كون نكولهما كحلفهما أو يكون القول قول المرأة قولان الأول أحسن، وفي كون الفسخ بطلاق أو دونه نقلا المتيطي.

عياض: ظاهرها بغير طلاق، وقد يقال بطلاق للخلاف في فسخه إثر التحالف أو يخير أحدهما.

المتيطي: الحالف المرأة إن كانت مالكة أمر نفسها أو من عقد عليها من أب أو وصي أو ولي إن كانت محجورة.

اللخمي: تحلف الزوجة أو الولي إن لم تعلم ما عقد لها به.

وسمع ابن القاسم: من زوج ابنته صبيًا صغيرًا برضى أبيه فمات فطلب أبو الزوجة

إرثها ومهرها، فقال أبو الصبي: ما أصدقت شيئًا إنما كان على وجه الصلة ليس له إلا الإرث إن لم يقم بينة، ولو شهد له شاهد واحد حلفت الجارية إن بلغت، وإلا أخرت حتى تبلغ، وتعرف ما تحلف عليه.

ابن رُشْد: قوله: (تؤخر حتى تبلغ) يريد: بعد حلف أبي الزوج، فإن نكل غرم ولا يمين عليها إن بلغت، وإن حلف أخرت حتى تبلغ فتحلف وتأخذ، فإن نكلت فلا شيء لها، ولا يحلف الأب ثانية.

محمد: وهذا بخلاف مبايعته لها ويقيم شاهدًا، هذا يحلف معه، فإن نكل غرم ما نكل عنه لإتلافه بعدم توثقه؛ لأنه لا يبيع إلا بثمن معلوم والنكاح على التفويض يجوز فلم يتعد إنما عليه أن يشهد في أصل النكاح لا في التسمية.

محمد: وهذا ما لم يدع أبوها التسمية، فإن ادعاها مع الشاهد فقد ضيع؛ يريد: فيحلف ويستحق المهر لابنته، فإن نكل غرمه بعد حلف أبي الصبي، وظاهر الرواية أنه ادعى التسمية مع الشاهد فقول محمد خلافها، وسماع أبي زيد أن أهل المرأة يحلفون في الشروط التي ادعى الزوج أن أباه شرطها عليه، وهو صغير مثل قول محمد فهي مسألة فيها قولان، ومن هذا المعنى اختلافهم في الزوجين يختلفان في قدر المهر أو نوعه.

سمع عيسى ابن القاسم في بعض روايات العتبيَّة: إن كان قبل البناء فالقول قول الأب أو الولي إن كانت بكرًا ويحلف إذ ليس لها الرضى بالمهر، فإن أعطى الزوج ما حلف عليه، وإلا حلف وانفسخ النكاح، وإن كان بعد البناء فالقول قول الزوج في عدد المهر، وإن كان في نوعه تحالفًا، وردت إلى مهر مثلها؛ يريد: ويغرم الأب أو الوصي الزيادة لتركه الإشهاد.

قال فضل: وكذا قال أَصْبَغ في سماعه بعد أن حكى عن ابن القاسم: أن البكر هي التي تحلف فمن أوجب على الأب الإشهاد على تسمية المهر قبل البناء رأى عليه أن يحلف مع الشاهد؛ لأنه إن لم يحلف غرم لتركه الإشهاد، ومن لم يوجب عليه الإشهاد على ذلك رأى اليمين على الجارية، وهو الذي في الرواية. ولو قال الأب: زوجتها بتفويض، وادعت أن أبا الصبي فرض لها بعد ذلك وأتت عليه بشاهد حلفت دون أبيها اتفاقًا، ولو ادعى الأب التسمية بعد البناء، وهي أكثر من مهر المثل وأتى بشاهد

أحلف معه دونها اتفاقًا، وكذا لو باع لابنه سلعة بأكثر من قيمتها فجحد المشتري الشراء والسلعة قائمة وأتى الأب بشاهد تخرج فيها قولان:

أحدهما: أن الأب يحلف لتركه التوثق، فإن نكل غرم لابنه الثمن.

والثاني: أن الابن يحلف إن شاء إذ لم يجب على الأب الإشهاد إلا عند دفع السلعة، ولو دفعها للمشتري فجحده وجب حلفه مع الشاهد اتفاقًا؛ لأنه ضيع بترك الإشهاد، فإن نكل غرم الثمن على القول أنه يحلف إذا لم يدفع السلعة والقيمة على القول بأن الابن هو الذي يحلف، وكذا القول في المأمور يوكل على بيع السلعة فيجحد المشتري وللمأمور شاهد واحد، وإن كان للابن شاهد بحق لم يله الأب لم يكن عليه أن يحلف مع الشاهد لابنه، واختلف إن كان الابن صغيرًا فأراد أن يحلف ويستحق له حقه فقال ابن كنانة ذلك له؛ لأنه يمونه وليس ذلك لأحد غيره من أم أو وصي وأنكره ابن القاسم.

وفيها: إن اختلفا فيه بعد البناء أو بعد الطلاق قبل البناء صدق مع يمينه، فإن نكل حلفت وأخذت ما ادعت، وكذا إن ماتت قبل البناء فادعى ورثتها تسمية والزوج تفويضًا صدق مع يمينه وله الميراث.

المتيطي: هذا المشهور في اختلافهما فيه بعد البناء. وقال أبو عمر: وروى ابن وَهْب يتحالفان، ولها مهر المثل ويثبت النكاح، وإن اختلفا في نوعه قبل البناء فللخمي مع ما تقدم لابن رُشْد تحالفا وتفاسخا، وإن اختلفا فيه بعده ففي ثبوته بما قال الزوج أو بمهر المثل ما لم يزد على ما ادعته، وما لم ينقص عما ادعاه، ثالثها: إن ادعى ما تصدقه النساء، وإن ادعى غير ذلك كالخشب والجلود وادعت جاريته أو عبده أو داره أو جنانه وشبهه مما يتزوج به النساء فالقول قولها إن كانت قيمة ذلك مثل ما تتزوج به فأقل، وإن ادعيا ما يشبه في الصنفين فالقول قوله، وإن كان لا يشبه أن يتزوج بواحد منهما تحالفا وتفاسخا ولها مهر المثل، للخمي عن ابن القصار ولظاهر نقله عن معروف المذهب وعن أَصْبَغ.

المتيطي: وعلى التحالف وردها لمهر المثل ففي ثبوت النكاح وفسخه رواية ابن وَهْب مع المعروف من المذهب ونقل ابن الجلاب.

قال بعض الموثقين: ولم أره لغيره.

اللخمي: لو كان أبواها ملكًا للزوج، وقال: تزوجتك على أبيك، وقالت: على أمي، تحالفا وتفاسخا، وعتق الأب عليه لإقراره بحريته، وكذا إن نكلا، وإن حلف ونكلت عتق عليها، وإن نكل وحلفت عتق الأب عليه والأم عليها.

وإن اختلفا في دفع المهر: ففيها: القول قولها وقول وارثها قبل البناء وبعده القول قول الزوج أو وارثه.

اللخمي: إن كان دخول هداء.

قال ابن القاسم: مع يمينه، وقال ابن الماجِشُون: إن كان قريبا، وجاءت بلطخ حلف، وإن طال فلا يمين.

عياض: هذا فيما ادعى دفعه قبل البناء من معجل أو مؤجل وما ادعى دفعه منهما بعد البناء لم يصدق فيه إذ صار كسائر الديون.

اللخمي: ولابن القاسم في العتبيَّة إن ادعى الزوج أنه صالح امرأته عن خادم مهرها على دنانير دفعها لها إن أنكرت صلحه فهو مدع، وإن أقرت به قبل البناء صدق؛ يريد: إذا بنى، ولو اتفقا على أن الصلح بعد البناء صدقت.

وفيها: إن قال ورثته في المدخول بها دفعه أو لا علم لنا فلا شيء عليهم، فإن ادعى ورثتها علمهم حلفوا ما يعلمون أنه لم يدفعه، ولا يمين على غائب، ومن يعلم أنه لا علم عنده.

وسمع القرينان: من بنى بزوجته، ثم مات فطلبت مهرها. قال: على ورثته اليمين ما نعلم بقي عليه مهر حتى مات.

ابن رُشْد: أوجب حلفهم على العلم، وإن لم تدع ذلك عليهم خلاف ما في نكاحها الثاني لا يمين عليهم إلا أن تدعي علمهم، وخلاف ما في كتاب الغرر منها في التداعي في وقت موت الجارية الغائبة المبيعة على الصفة، فإن نكلوا عن اليمين حلفت المرأة أنها لم تقبض مهرها واستوجبته لا على أن الورثة علموا أنها لم تقبض، وهذه يمين ترجع على غير ما نكل عنه الورثة لها نظائر كثيرة، ويختلف في توجه هذه اليمين إذا لم تحقق المرأة ذلك على الورثة؛ لأنها يمين تهمة، ولا يختلف في رجوعها على الزوجة لمعرفتها بما

تحلف عليه كما يختلف في رجوع يمين التهمة.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم: من تزوج بخمسين نقدًا وخمسين لسنة فانقضت، ثم بنى بها فطلبت الخمسين فقال أديتها قبل البناء صدق وحلف.

ابن رُشْد: هذا قول ابن حبيب ومثله في ثاني نكاحها وعليه فلها إذا حل قبل البناء منعه منها حتى يدفعه إليها، وعلى قول يحيى بن يحيى إن أعسر به فله البناء وتتبعه به؛ لا يصدق في دعواه دفعه، والقول قولها مع يمينها.

اللخمي: إن أخذت بالمهر رهنا ثم سلمته صدق الزوج مع يمينه في دفعه ولو قبل البناء، ولو اختلفا بعد البناء والرَّهن بيدها ففي قبول قوله مع يمينه أو قولها مع يمينها قولا سَحنون ويحيى بن يحيى وهو أبين، كمن باع سلعة وسلمها وبيده رهن القول قول البائع، وإن أخذت به حميلًا، وأقرت بقبضه واختلف الزوج والحميل في دفعه واتفقًا على أنها قبضت مائة فقط؛ لأن الدفع كان بحضرتهما أو أرسلا به رسولًا صدق الزوج مع يمينه، فإن نكل حلف الحميل وأغرم الزوج ولا يمين على الزوجة، وإن دفع كل منهما في غيبة الآخر، فإن أقرت الزوجة للزوج حلفت للحميل، فإن نكلت حلف وأغرمها ولا مقال بين الرجلين، وإن أقرت للحميل صدق الزوج؛ لأنه يقول ما قبضت ما اشتريت حتى دفعت ما علي ويحلف يمينين أنه دفع لها، وللحميل ما علم دفعه قبل دفعه شيئًا إن نكل عن يمين الزوجة حلفت ما قبضت منه شيئًا وغرمه الزوج للحميل، وإن نكلت برئ الزوج وغرمت للحميل، وإن حلف لها ونكل عن حلفه للحميل حلف الحميل أنك تعلم دفعي لها قبل دفعك ورجع عليه، فإن نكل فلا شيء على الزوج، وإن قالت ما قبضت من واحد منهما شيئًا، ولم يبن وادعيا دفع مائة فقط حلفت يمينًا واحدة وأغرمت الزوج إلا أن يكون معسرًا فيغرم الحميل، وإن ادعى كل منهما؛ دفع مائة بغير محضر الآخر حلفت لكل منهما، إن حلفت للحميل دون الزوج حلف وبرئ ولا شيء عليه للحميل إن لم يدع عليه العلم، وإن حلفت للزوج دون الحميل حلف واتبع الزوج؛ لأن يمينها للزوج توجب غرمه لها المهر، ويمين الحميل عند نكولها توجب أن الحميل هو الدافع بالحمالة فوجب أن يرجع عليه، وإن نكلت هي والزوج وحلفت للحميل غرم لها الزوج ولا شيء للحميل، وإن حلفت لهما وادعى

الحميل علم الزوج أنه دفعه عنه بوجه جائز حلف الزوج، فإن نكل حلف الحميل ورجع عليه.

ولابن حبيب: إن قال حامل المهر بعد البناء أنها قبضت منه أو زعم الحميل أنها قبضته من الزوج صدق مع يمينه، وسئل الزوج، فإن زعم أن الحامل برئ أو قال في الحمالة إني برئت منه صدق مع يمينه، وإن قال في الوجهين ما قبضت الزوجة شيئًا لم يلزم الحامل، ولا الزوج في الحمل شيء، ويلزمه في الحمالة دون الحميل، وإن قال الحميل دفعته إليها وأكذبه الزوج برئ الحميل، ولا رجوع له على الزوج إلا ببينة، ويغرمه الزوج لها بإقراره.

وسمع عيسى ابن القاسم من تحمل بمهر، ثم ادعى هو والزوج دفعه بعد البناء صدق مع يمينه.

سَحنون: الرَّهن كالحميل يبرئه البناء فيه.

ابن رُشْد: يحلف الحميل أنه ما علم أنه بقي لها قبل زوجها شيء من مهرها، وإنما يجب حلفه إن غاب الزوج أو حضر مقرًا أنه لم يدفعه، وهو عديم؛ لأنه يتهم لزوجته على الحميل فالقول قوله، ولو ادعى الزوج الدفع أو كان مليًا، وأقر بعدم الدفع فلا شيء على الحميل لسقوط الحمالة بيمين الزوج إن ادعى الدفع أو بإقراره إن كان مليًا، وقول سَحنون صحيح إن كان الرَّهن في عقد النكاح لا عند الدخول؛ لأن لها منعه البناء حتى يدفع مهرها ارتهنت به رهنا أم لا، فلا أثر للرهن هذا معروف المذهب في قبول قول الزوج بعد البناء، ولما ذكره الباجي قال: قال إسماعيل القاضي: هذا ببلد عرفه تعجيل النقد عند البناء وما لم يكن عرفه كذلك فالقول قول الزوجة، وقال القاضي: هذا إن لم يثبت ذلك في صداق ولا كتاب، وإن ثبت في صداق فليس القول قول الزوج، والأول أظهر، وذكر ما تقدم من سماع عيسى على أنه من سماع يحيى، ولم يقيد قول سَحنون فيه، وزاد في آخره قال مالك: وليس يكتب في الصدقات براءة.

ولما ذكر ابن شاس قول إسماعيل قال القاضي أبو الحسن: ينبغي أن يكون هذا هو الصحيح. قال: وقال القاضي أبو الوليد: إنما ذلك مبني على أن العادة في معظم البلاد؛ بل في جميعها أن معجل الصداق لا يتأخر عن البناء، وهذا أظهر مما تقدم.

وقيد اللخمي قولها مع سماع ابن القاسم ورواية محمد بقبول دعوى الزوج التفويض بوقوع النكاح عندهما بتسمية وتفويض، ومن عادتهم التسمية فقط لم يصدق الزوج منهم.

ابن شاس: لو ادعت ألفين بعقدين في يومين ببينة عليهما لزما، وقدر تخلل طلاق، وفي تقديره بعد البناء فعلى الزوج إثباته قبله ليسقط عنه نصف المهر أو قبله فعلى المرأة إثباته بعده ليثبت لها كله خلاف سببه هل المستقر بالعقد كله أو نصفه؟

قُلتُ: مقتضى المذهب أنه قبله؛ لأن الزوج بعد الطلاق غارم والأصل عدم البناء والقول قول الزوج فيهما اتفاقًا، ولو قلنا بوجوب كله بالعقد؛ لأن الطلاق منضمًّا لما ذكرناه يبطله.

واختلاف الزوجين في متاع البيت: فيها: إن اختلفا فيه، ولو بعد الفراق قضي بما يعرف النساء للمرأة وبغيره للرجل؛ لأن البيت بيته بعد أيمانهما.

ابن حارث: اتفاقًا فيما يختص بأحد صنفيهما، وفي غيره في كونه للزوج أو بينهما بعد أيمانهما قولان لها مع سماع ابن وَهْب وله مع المغيرة، وفي سماع يحيى ابن القاسم عن رواية ابن وَهْب في كتاب العدة مثل قولها وفيه: والإبل والبقر والغنم للرجال إلا ما قامت عليه بينة أنه للمرأة، أو كان الرجل معروفًا معها بالفقر، وهي معروفة بالغنى ينسب ملك ذلك إليها، ويذكر أنه لها فاشيًا بالسماع، وقول عدول الجيران فهو للمرأة، وإن لم تكن شهادة قاطعة.

ابن رُشْد: في كون القول قول الزوج فيما ادعياه من متاع البيت مطلقًا وقسمه بينهما، ثالثها: ما هو من شأن النساء للمرأة وغيره للرجل، ورابعها: ما ليس مختصا بأحدهما بينهما بعد أيمانهما في الجميع، لمحمد بن مسلمة، وابن وَهْب في المبسوط، ولها ولابن وَهْب في العتبيَّة مع المغيرة وابن القاسم، وعن سَحنون ما هو من متاع النساء للمرأة دون يمين، وقال الفضل: رأيت لابن عبدوس بخطه عن ابن القاسم ما هو من متاع النساء للمرأة دون يمين وكذا الرجل فيما هو من متاع الرجال، وهذا الخلاف في اليمين إنما يصح في اختلاف ورثة الزوجين أو ورثة أحدهما مع الآخر دون تحقيق دعوى، كقول ورثة الزوج للمرأة فيما هو مختص بها احلفي أن المتاع متاعك؛ لأن

مورثنا مات عنه وأنت مدعية، وكذا ورثة المرأة مع الزوج وظاهر قول ابن وَهْب في هذا السماع كقول سَحنون، وهذا الخلاف على الخلاف في يمين التهمة فيه قولان مشهوران، وأما قبول قول أحد الزوجين فيما يختص به وزوجه يكذبه، ويدعيه فلا بد من يمينه في ذلك كنص ابن حبيب والمدَوَّنة، وغيرهما فلا اختلاف فيه.

قُلتُ: ظاهر قول سَحنون وابن عبدوس عن ابن القاسم: أنه في الزوجين أنفسهما وتكذيب أحد الزوجين الآخر في ذلك لا ينفي قبول قوله دون يمين بناء على أن العرف كشاهدين لا كشاهد واحد حسبما مر من الخلاف في قبول قول المرأة في المسيس مع إرخاء ستر الهداء، وعليه حمله اللخمي وعبد الحق والصقلي وعبد الحميد وغير واحد.

وفيها: المعروف للنساء مثل الطست والتور والمنارات والقباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلي، والمعروف للرجال السيف والمنطقة والرقيق ذكورًا وإناثًا والخاتم.

الصقلي: يريد: خاتم الفضة.

قُلتُ: ما لم يعلم من الرجل مخالفة السنة في تختمه بالذهب، فإن كان شكل الخاتم للصنفين مختلفًا كعرفنا فواضح، وإلا كان مشتركا، وقول اللخمي: إناث العبيد يشبه كونهن لهما جميعًا خلاف نصها، ووفاق عرفنا.

وفي النوادر عن الواضحة: المصليات مما للنساء والمصحف مما لهما، وكذا البقر والغنم والرمك وجميع الحيوان والأطعمة والأدم والثمار، وما يدخر من المعاش.

الشيخ: لعله يريد بالدواب والرمك والبقر والغنم ما كان سائمة غير المراكب مما يأوي لدور البوادي.

ابن رُشْد: المعتبر عرف كل بلد.

قُلتُ: مع اعتبار الصنف؛ لأن عادة الحضر ببلدنا تونس خلاف عادة الأندلس بها، وخلاف عادة البربر، والبدو بها، ويشكل الأمر إذا كان أحدهما من صنف والآخر من صنف آخر وتعارض موجب الاختصاص، كالأسرة من شأن الرجال للأندلسيين، ومن شأن النساء في الحضريين فتصير من المشترك.

وفيها: الدار للرجل؛ لأن عليه أن يسكن المرأة.

ابن رُشْد: عرفنا في ذوات الأقدار أن المرأة تخرج الدار، فلو اختلفا فيها عندنا كان القول قول المرأة، وكذا حفظت عن شيخنا ابن رزق.

الشيخ عن ابن حبيب: الخص للرجل كالدار.

وفيها: ذو الرق والكافرة كغيرهما.

المتيطي عن ابن القاسم: وكذا الكافران إن ترافعا إلينا؛ لأنها مظلمة تظالموا بها.

وفيها: إن كانت مظلمة كفى فيها رفع المظلوم فقط خلاف قوله ترافعا.

وفيها: وكون الدار للزوج أو الزوجة سواء، وأصناف الماشية، وما في المرابض من خيل وبغال وحمير لمن حاز ذلك.

أبو حفص: ما كان منها بيد راع فهو لمن أقر به له؛ لأن يد الراعي كيد المقر له من وجه الحيازة لا شهادة ولا خبر.

قُلتُ: ولو ادعت درعا ونحوه فقال الزوج هو لفلان وديعة عندي، صدق دون يمين؛ لأنه حائزه لقولها إن البيت بيته، وقاله ابن رُشْد.

وفيها: من أقام بينة فيما يعرف للآخر أنه له قضي له به، وما ولي الرجل شراءه من متاع النساء ببينة أخذه بعد حلفه ما اشتراه إلا لنفسه، إلا أن يكون لها أو لوارثها بينة أنه اشتراه لها، وما وليت شراءه من متاع الرجال ببينة فهو لها وورثتها في اليمين والبينة بمنزلتها إلا أنهم إنما يحلفون أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي يدعي من متاع البيت، وتحلف المرأة في ذلك على البتات وورثة الرجل بهذه المنزلة.

عبد الحق: في لزوم حلف المرأة في استحقاقها ما أقامت البينة بشرائها إياه من متاع الرجال قولا بعض شيوخنا محتجًا بأنها كالرجل قائلًا: إنما سكت فيها عن يمينها لذكره في الرجل، وبعض شيوخ شيوخنا مفرقًا بأن الرجال قوامون على النساء لا العكس.

اللخمي: عن سَحنون إنما يختص الرجل بما اشتراه من متاع النساء بالبينة على شرائه لنفسه لا على مطلق شرائه، إنما يشتري للنساء الرجال.

قُلتُ: ومقتضاه سقوط يمينها فيما اشترته من متاع للرجال.

أَصْبَغ: لو قال الزوج في رداء ادعته: كتانه لي وهي عملته؛ صدق؛ لأنه لو ادعاه قبل قوله فيكون له بقدر كتانه وللمرأة أو لورثتها بقدر قيمة عملها، ولمالك في

المختصر ما نسجته من صوف بينهما كذلك.

المتيطي لأَصْبَغ عن ابن القاسم: إن تداعيا في غزل فهو لها بعد حلفها.

وفيها: إن كان الزوج من الحاكة وأشبه غزله وغزلها فمشترك، وإلا فهو لمن أشبه غزله منهما، ونقله مع النوادر عن أَصْبَغ في الطست والإبريق ونحوهما من الآنية إن كان شأن النساء أن لا يخرجنه لأزواجهن؛ قبل فيه قول الزوج مع يمينه إن كانت بكرًا، واختلفا قرب البناء، وإن كانت ثيبًا أو كان البناء، بالبكر بعيدًا، وأمكن أن تتخذ ذلك؛ قبل قولها، وقد تخرج المرأة لزوجها دون شيء ويقبل قولها بعد ذلك فيما للنساء؛ لأنها تكتسبه - مشكل إلا أن يكون عرف إخراج المرأة في جهازها خلاف عرف كسبها بعده - وإلا ناقض أول كلامه آخره.

[باب الوليمة]

الوليمة: الباجي عن صاحب العين: الوليمة طعام النكاح.

عياض عن الخطابي: هي طعام الإملاك، وقال غيره: هي طعام العرس والإملاك فقط[1].

المازري وابن رُشْد وغير واحد: المذهب مستحبة.

ابن سهل: الصواب القضاء بها على الزوج لقوله ﷺ: **«أولم ولو بشاة»**[2] مع العمل به عند الخاصة والعامة، وتقدم في فصل هدية العرس نقل ابن رُشْد عن بعض الشيوخ حمل اختلاف قول مالك في وجوب هدية العرس أنها الوليمة وتقدم رده ذلك.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم كان ربيعة بن عبد الرحمن يقول: إنما استحب

---

(1) قال الرَّصاع: (قُلتُ): تأمل هذا ففيه بحث مع ما يذكره بعد من الخلاف في محلها ففي العتبيَّة: لا بأس فيها أن يولم بعد البناء، ونقل ابن حبيب: «كان النبي ﷺ يستحب الإطعام على النكاح عند عقده»، ونقل عياض عن ابن حبيب استحبابها عند البناء وعند العقد قال: واستحبها بعض شيوخنا قبل البناء فما ذكره عن صاحب العين لا يعين عقدًا ولا دخولًا؛ لأن النكاح في مدلوله خلاف، وقول الخطابي يخالف ما ذكره؛ لأنه عين الدخول والعقد والقول الثالث فيه ما رأيته والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(2) تقدم تخريجه.

الطعام في الوليمة لإظهار النكاح ومعرفته؛ لأن الشهود يهلكون.

قُلتُ: يقوم منه جواز النكاح المسمى اليوم بنكاح الجفنة إلا أن العمل استقر بمنعه حيث يمكن الكتب والإشهاد فيه.

وفيها: روى محمد أرى أن يولم بعد البناء.

الباجي: وروى أشهب في العتبيَّة لا بأس إن لم يولم بعد البناء.

ابن حبيب: «**كان النبي ﷺ يستحب الإطعام على النكاح عند عقده**»(1)، ولفظة (عند) تحتمل قبله وبعده، وتقديم إشهاره قبل البناء أفضل كالإشهاد، ويحتمل أن يكون مالك قال ذلك لمن فاته قبل البناء أواختاره لدلالته على الرضى بما رأى من حال الزوجة، ولما ذكر عياض رواية محمد قال: والرواية الأخرى جوازها بعد البناء، وحكى ابن حبيب استحبابها عند العقد وعند البناء، واستحبها بعض شيوخنا قبل البناء.

قُلتُ: قوله: (والرواية الأخرى) إشارة لما ذكره الباجي من رواية أشهب في العتبيَّة، ولم أجدها فيها.

الباجي: المختار منها يوم واحد.

عياض: لا خلاف أنه لا حد لها، وهي بقدر حال الرجل وما يجد، واستحب أصحابنا لأهل السعة كونها أسبوعًا.

قال بعضهم: إذا دعا كل يوم من لم يدع قبله، وتكره فيها المباهاة والسمعة.

قُلتُ: هذا مقتضى نقل الباجي عن ابن حبيب، وفيه: إن دعا في الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة فهو سائغ، وظاهر نقل عياض منع مطلق التكرار، ولفظ ابن حبيب: من يوم بنائه إلى مثله، فعبر عنه عياض بسبع، ونقله القرافي بلفظ ثمانية أيام، وفي إجابة دعوة من دعي لها معينًا ولا منكر طرق.

ابن رُشْد في سماع ابن القاسم: سئل مالك عن إتيان الوليمة قال: أرى أن يأتيها؛ يريد: لا سعة له في التخلف.

(1) تقدم تخريجه.

عياض: لم يختلف العلماء في وجوب إجابتها.

الباجي: روى ابن القاسم في المدنيَّة إنما يجب في طعام العرس، وليس طعام الإملاك مثله.

عياض: هذا على رواية محمد أنها بعد البناء، وهو المسمى عنده وليمة وعرسًا.

الباجي: هذا مشهور مذهب مالك وأصحابه، وروى ابن حبيب ليس ذلك حتمًا ولا فرضًا، وأحب إلي أن يأتي فجعله ندبًا.

قُلتُ: ونقله ابن شاس عن ابن القصار.

اللخمي: إن كان المدعو قريبًا أو جارًا أو صديقًا، ومن يحدث بتأخره عداوة وتقاطع وجب إجابته، وغيره إن لم يأت من الناس ما يقع به شهرة النكاح ندبت وإلا أبيحت.

قال: وروى محمد لا بأس أن يقول الرجل للرجل ادع لي من لقيت، ولا بأس على المدعو كذا أن لا يجيب؛ يريد: لأن تخلف من لا يعرف لا يقع به شنآن.

قُلتُ: ومثله في سماع القرينين، وسمع القرينان: أرى لمن دعي لما أخر للسابع أن يجيب وليس مثل الوليمة؛ لأنه ربما جعل الرجل الوليمة والسابع.

ابن رُشْد: إن جعل الوليمة والسابع معًا وجبت إجابته؛ لأنه دعي لحق، ومن دعي للسابع بخلافه؛ لأنه لم يدع لحق؛ بل لمعروف، وكذا من ترك الوليمة وفعل السابع، وإن أخر الوليمة للسابع، فقال مالك: يجيب وليس كالوليمة؛ لأنه ربما جعل للوليمة والسابع، ووجه تعليله تخفيف الإتيان بما قال: هو أنه لما كان الرجل قد يجمعهما احتمل عنده أنه لم يؤخر الوليمة إلى يوم السابع؛ بل تركها وعمله، ولو كان عادة الناس بالبلد أنهم لا يولمون إلا يوم السابع لوجبت الإجابة.

قُلتُ: هذا كالمخالف لمتقدم قول عياض: استحب أصحابنا لأهل السعة كونها أسبوعًا، وسمع ابن القاسم له في التخلف للزحام سعة.

وسمع القرينان: أرى أن يجيب إلا لعلة مرض أو غيره.

ابن شاس: إنما يؤمر بالدعوة إذا لم يكن منكر ولا فرش حرير، ولا في الجمع من يتأذى بمجالسته وحضوره من السفلة والأرذال ولا زحام ولا غلق باب دونه.

روى ابن القاسم سعة التخلف لذلك، وكذا إن كان على جدران الدار صور أو ساتر، ولا بأس بصور الأشجار.

قُلتُ: قوله: (إن كان على جدار الدار صور لا أعرفه عن المذهب هنا لغيره، فإن أراد الصور المجسدة؛ فصواب وإلا فلا، وذكر ذلك أبو عمر عن غير المذهب في أثناء حجة الانصراف عن منكر فيما يطلب حضوره فقال: حجته حديث سفينة وما كان مثله أن فاطمة وعليًا دعوا رسول الله ﷺ لطعام صنعاه لضيف نزل بهما فأتاه فرأى فراشًا في ناحية البيت فانصرف، وقال: «**ليس لي أن أدخل بيتًا فيه تصاوير**»[1] أو قال: «**بيتًا مزوقًا**»[2].

ورجع ابن مسعود إذ دعي إلى بيت فيه صورة وقال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تدخل الملائكة بيتا فيه تصاوير**»[3]، ورجع أبو أيوب الأنصاري إذ دعاه ابن عمر فرأى مثل ذلك.

والذي في المذهب قول صلاتها الأول: ويكره التماثيل التي في الأسرة والقباب والمنابر، وليس كالثياب والبسط التي تمتهن، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: ما كان يمتهن فلا بأس به، وأرجو أن يكون خفيفًا.

فقال ابن رُشْد في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الصلاة: فتحصل فيها لأهل العلم بعد تحريم ما له ظل قائم أربعة أقوال: إباحة ما عدا ذلك ولو كان التصوير في جدار أو ثوب منصوب، وتحريم جميع ذلك، وتحريم ما في جدار أو ثوب منصوب، وإباحة ما بالثوب المبسوط، وتحريم ما بالجدار خاصة، وإباحة ما بالثوب المبسوط والمنصوب.

وسمع القرينان: لا خير في شراء عظام قدر الشبر يجعل لها وجوه ليبيعها لاتخاذها

---

(1) أخرجه النسائي: 185/7 في الصيد، باب امتناع الملائكة من دخول بيت فيه كلب.

(2) أخرجه أبو داود: رقم (3755) في الأطعمة، باب إجابة الدعوة إذا حضرها مكروه، وأحمد في مسنده: 221/5 و 222، وابن ماجة: رقم (3360) في الأطعمة، باب إذا رأى الضيف منكراً رجع.

(3) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار: 534/5.

الجواري بنات يلعبن بها.

ابن رُشْد: قوله لا خير يدل على الكراهة؛ لأن ما لا يحل لا يعبر عنه بلا خير؛ لأن ما لا خير فيه تركه خير من فعله، وهذا حد المكروه، ومعناه إذا لم تكن مجسدة مصورة على صورة الإنسان، وكانت أصنامًا عمل فيها شبه الوجوه بالتزويق فأشبه الرقم في الثوب، وإليه نحا أَصْبَغ في سماعه في كتاب الجامع فقال: لا بأس بما لم يكن تماثيل مصورة مخلوقة مخروطة كرقم الثوب بالصور؛ لأنها تبلى وتمتهن.

ابن رُشْد: إنما استخفت الرقوم في الثياب؛ لأنها لا ظل لها والمحظور ما كان على هيئة ما يحيى وله روح، والمستخف ما كان بخلافه، واستخف منه لعب الجواري.

قُلتُ: فظاهر المذهب أن في صور الثياب قولين: الكراهة، وهو ظاهر المدَوَّنة، والإباحة وهو ظاهر قول أَصْبَغ، وأيًا ما كان ذلك فلا شيء ينهض ذلك لرفع وجوب الإجابة.

وقول ابن شاس: أو ساتر إن أراد بغير ثياب الحرير فلا أعرفه عن المذهب لغيره، وإن أراد بالحرير، فإن كان بحيث يستند إليه كالمسمى في عرفنا "بأكلاف" فصواب، وأما ما لا يستند إليه، وما هو إلا لمجرد الزينة فالأظهر خفته، ولا يصح كونه مانعًا من وجوب الإفاتة، وما ذكره من غلق لا أعرفه، ولا لفظه والصواب إغلاق.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم: أيدخل الرجل يدعى لصنيع فيجد فيه اللعب. قال: إن خف كالدف والكبر الذي يلعب به النساء فلا بأس.

ابن رُشْد: يريد صنيع العرس أو صنيع العرس والإملاك على ما في سماع أَصْبَغ؛ لأن هذا المرخص في بعض اللهو فيه لما يستحب من إعلان النكاح، واتفق أهل العلم على إجازة الدف، وهو الغربال في العرس، وفي الكبر والمزهر ثلاثة: الجواز قاله ابن حبيب، والمنع قاله أَصْبَغ في سماعه، وهو الآتي على سماع سَحنون.

ابن القاسم: إن بيع الكبر فسخ بيعه وأدب أهله والمزهر أحرى بذلك، وجواز الكبر دون المزهر، وهو قول ابن القاسم هنا، وفي سماعه عيسى من كتاب الوصايا، وعليه سماع عيسى يقطع السارق في قيمة الكبر صحيحًا، ولابن كنانة في المدنيَّة إجازة البوق في العرس فقيل: معناه في البوقات والزمارات التي لا تلهي كل اللهو.

واختلف فيما أجيز من ذلك فالمشهورأنه مما يستوي فعله وتركه في نفي الحرج في الفعل، ونفي الثواب في الترك، وقيل: من الجائز الذي تركه خير من فعله يرى يكره فعله لما في تركه من الثواب لا أن في فعله حرجًا وعقابًا، وهو قول مالك في المدَوَّنة أنه كره الدفاف والمعازف في العرس وغيره.

قُلتُ: هو في الجعل والإجارة نص في كراهتها.

ابن رُشْد: قال أَصْبَغ في سماعه إنما يجوز للنساء، ولا يجوز فعله للرجال ولا حضوره، والمشهور جوازهما للرجال، وهو قول ابن القاسم في هذا السماع؛ وسماع أَصْبَغ وقول مالك إلا انه كره لذي الهيئة أن يحضر اللعب، رواه ابن وَهْب في سماع أَصْبَغ، وما لا يجوز عمله من اللهو في العرس لا يجوز لمن دعي إليه أن يأتيه.

قُلتُ: هذا معروف المذهب في منع حضورها للعب منكر، والأكثر في اللعب المباح الحضور إلا لأهل الفضل والهيئات، وفي مذهبنا فيه قولان.

اللخمي: كره أَصْبَغ الغناء إلا بما قالته الأنصار.

قُلتُ: بل ظاهر قوله التحريم. قال في سماعه لا يجوز للنساء غير الكبر والدف ولا غناء معهما ولا ضرب ولا برابط ولا مزمار ذلك حرام محرم إلا ضرب الدف والكبر هملًا، أو يذكر الله وتسبيحًا وتحميدًا على ما هدى أو برجزٍ خفيف لا بمنكر ولا طويل مثل الذي جاء في جواري الأنصار.

أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم
ولولا الحبة السمراء لم نحلل بواديكم

وشبه ذلك، ولا يعجبني معه الصفق بالأيدي، وهو أخف.

قُلتُ: ولما عرف الخطيب الإمام أبو بكر بن ثابت في تاريخ بغداد، بإبراهيم بن سعد بن سعد بن إبراهيم المدني قال: قدم العراق فأكرمه الرشيد؛ فسأل عن الغناء فأفتى بإباحته، فأتاه بعض المحدثين ليسمع منه أحاديث الزهري فسمعه يتغنى، فقال: كنت حريصًا على السماع منك؛ فأما الآن فلا سمعت منك حرفًا أبدًا، فقال: إذًا لا أفقد إلا شخصك، علي وعلي إن حدثت ببغداد ما أقمت حديثًا حتى أغني قبله، فبلغ ذلك

الرشيد فدعا به فسأله عن حديث المخزومية التي قطعها رسول الله ﷺ في سرقة الحلي[1]، فدعا بعود فقال الرشيد: أعود المجمر. قال: لا ولكن عود الطرب، فتبسم ففهمها إبراهيم بن سعد فقال: لعله بلغك يا أمير المؤمنين حديث الذي ألجأني إلى أن حلفت. قال: نعم، ودعا له الرشيد بعود فغناه، يا أم طلحة إن البين قد أفدا قل الثواء لئن كان الرحيل غدا. فقال الرشيد: من كان يكره من فقهائكم السماع. قال: من ربطه الله، فقال: هل بلغك عن مالك بن أنس في ذلك شيء. قال: لا والله إن أبي أخبرني أنهم اجتمعوا في مدعاة كانت في بني يربوع؛ وهم يومئذ جلة ومالك أقلهم في فقهه وقدره، ومعهم دفوف ومعازف وعيدان يغنون ويلعبون، ومع مالك دف وهو يغنيهم:

سليمى أزمعت بينا ... فأين تظنها أينا
وقد قالت لأتراب ... لها زهر تلاقينا
تعالين فقد طاب ... لنا العيش تعالينا

فضحك الرشيد ووصله بمال عظيم.

قُلتُ: إمامة أبي بكر الخطيب وعدالته ثابتة، ونقل ابن الصلاح وعياض وغير واحد معلوم؛ وإبراهيم بن سعد هذا. قال المزني: خرج له أهل الكتب الستة الصحيحان وسنن أبي داود والنسائي وابن ماجة، وجامع الترمذي، وهذه الحكاية مثل نقل عياض القول الشاذ بجوازه.

الباجي: لا نص لأصحابنا في وجوب أكل المجيب، وفي المذهب ما يقتضي

(1) أخرجه البخاري: 76/12 في الحدود، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع، وباب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان، وباب توبة السارق، وفي الشهادات، باب شهادة القاذف والسارق والزاني، وفي الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل، وفي فضائل أصحاب النبي ﷺ، باب ذكر أسامة بن زيد، وفي المغازي، باب مقام النبي ﷺ بمكة زمن الفتح، ومسلم: رقم (1688) في الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والترمذي: رقم (1430) في الحدود، باب ما جاء في كراهية أن يشفع في الحدود، وأبو داود: رقم (4373) و(4374) في الحدود، باب في الحد يشفع فيه، والنسائي: 8 / 74 و 75 في السارق، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون.

القولين، روى محمد عليه أن يجيب، وإن لم يأكل أو كان صائمًا.

وقال أَصْبَغ: ليس ذلك بالوكيد وهو خفيف، فقول مالك على أن الأكل ليس بواجب، وقول أَصْبَغ على وجوبه.

قُلتُ: رواية محمد يجيب وإن لم يأكل نصٌّ فقهيٌّ في عدم وجوب الأكل، وعليه حمله اللخمي، فكيف يقول: لا نص.

قال اللخمي: قول مالك لا يطعم خلاف الحديث. قال ﷺ: **«فإن كان مفطرًا فليطعم، وإن كان صائمًا فليصل»**(1)، ولو جعل على صفة المدعو كان حسنًا فالرجل الجليل لا بأس أن لا يطعم؛ لأن المراد التشرف بمجيئه، وإن لم يكن كذلك، وهو ممن يرغب في أكله؛ وتحدث وحشة بتركه فاتباع الحديث أولى.

الباجي: روي عن مالك كراهة إجابة أهل الفضل إلى طعام يدعون إليه.

الشيخ: يريد في غير العرس.

الباجي: يريد فيما صنع لغير سبب جرت العادة باتخاذ الطعام له، فالطعام ثلاثة: طعام العرس، وطعام له سبب معتاد كالنفاس، والختان لا تجب إجابته ولا تكره، ومقتضى تفسير الشيخ كراهتها، ودليل نفي كراهتها رواية أشهب، قيل له: النصراني يتخذ طعامًا لختان ابنه أفيجيبه قال: إن شاء فأباحه في النصراني فأحرى المسلم، وطعام لا سبب له يستحب لأهل الفضل الترفع عن إجابته، ويكره لهم التسرع إليه؛ لأنه على وجه التفضل على المدعو إليه، وفي طرر ابن عات: لا بأس أن يحضر وليمة اليهودي ويأكل منها.

قال بعض أصحابنا بعد أن يحلفه بالتوراة أنه لم يتزوج أخته ولا عمته ولا خالته.

قُلتُ: الأصوب أن الواجب عدم الإجابة؛ لأن في إجابته إعزازًا له والمطلوب إذلاله، وقوله بعد أن يحلفه فيه نظر إن كان ذلك في ملتهم مباحًا.

اللخمي: أرى إن كان المدعو قريبًا أو جارًا أو صديقًا فالعرس وغيره سواء،

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1150) في الصيام، باب الصائم يدعى لطعام فليقل: إني صائم، وأبو داود: رقم (2461) في الصوم، باب ما يقول الصائم إذا دعي إلى الطعام، والترمذي: رقم (780) و (781) في الصوم، باب ما جاء في إجابة الصائم الدعوة.

وطعام العرس عند العرب وليمة، وطعام الختان إعذار، وطعام القادم من سفره نقيعة، وطعام النفاس الخرس، وكل طعام صنع لدعوة مأدبة.

قُلتُ: قال الزمخشري وغيره: طعام كمال البناء وكيرة، وما ذكره في المأدبة عزاه أبو عمر لثعلب. قال: وأنشد بعضهم:

كـــل الطعـــام تـــشتهي ربيعـــه　　　الخـــرس والإعـــذار والنقيعـــه

أنشده الزمخشري في أساس البلاغة:

كـــل الطعـــام تـــشتهي عمـــيره　　　الخـــرس والإعـــذار والـــوكيره

وفي الموطأ في باب الوليمة: «**دعا خياط رسول الله ﷺ لطعام صنعه. قال أنس: فذهبت مع رسول الله ﷺ إلى ذلك الطعام فقرب إليه خبزًا من شعير ومرقًا فيه دباءٌ**»، وفي رواية: «**وقديدًا**»(1).

أبو عمر: أدخله مالك في باب الوليمة، وليس فيه ما يدل عليها.

الباجي: أدخله مالك إبطالًا لمن يحتج عليه به في قول مالك يكره لذي الفضل، والهيئة إجابة الدعاء لطعام صنع لغير سبب باحتمال كونه وليمة.

الباجي: ويحتمل أنه لما علم من تبركهم بأكله ودخوله إليهم ﷺ، ولو امتنع من ذلك شق عليهم.

قُلتُ: ويحتمل أنه أتى به لإباحة الإجابة في طعام غير الوليمة خلاف قوله بعدمه واختلاف قوله كثير.

أبو عمر: اختلف في نهبة اللوز والسكر وسائر ما ينثر في الأعراس والختان

---

(1) أخرجه البخاري: 9 / 484 في الأطعمة، باب الدباء، وباب من تتبع حوالي القصعة مع صاحبه إذا لم يعرف منه كراهية، وباب الثريد، وباب من أضاف رجلاً إلى طعام وأقبل هو على عمله، وباب المرق، وباب القديد، وباب من ناول أو قدم إلى صاحبه على المائدة شيئًا، وفي البيوع، باب ذكر الخياط، ومسلم: رقم (2041) في الأشربة، باب جواز أكل المرق واستحباب أكل اليقطين، والموطأ: 2 / 546 و 547 في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، وأبو داود: رقم (3782) في الأطعمة، باب في أكل الدباء، والترمذي: رقم (1850) و (1851) في الأطعمة، باب ما جاء في أكل الدباء.

وأضراس الصبيان فكره مالك أكل شيء مما يختلس لصبيان على تلك الحال، وأجازه أبو حنيفة إن أذن أهله فيه.

قال أبو عمر: لم يختلف أن سنة هدي التطوع إذا عطب أن يخلى بين الناس وبينه، فيأخذ منه كل من قدر عليه.

قُلتُ: هذا ميل لإجازة النهبة وتقييد بعضهم كراهته بأن ربه أحضره للنهبة، ولا يأخذ بعضهم مما حصل في يد غيره.

قال: وغيره حرام، وذكر القعنبي عن عائشة قالت: حدثني معاذ بن جبل أنه شهد إملاك رجل من الأنصار مع رسول الله ﷺ فخطب رسول الله ﷺ وأنكر الأنصار، وقال: **«على الألفة والخير والطير الميمون، دفقوا على رأس صاحبكم»**، فدفف على رأسه، وأقبلت السلال فيها الفاكهة والسكر، فنثر عليهم، فأمسك القوم ولم ينتهبوا، فقال رسول الله ﷺ: **«ما أزين الحلم، ألا تنتهبون؟»** قالوا: يا رسول الله، نهيتنا عن النهبة يوم كذا وكذا، فقال: **«إنما نهيتكم عن نهبة العساكر، ولم أنهكم عن نهبة الولائم»**.

قال عبد الحق: في إسناده بشر بن إبراهيم الأنصاري وهو ضعيف الحديث، وفي ذكره ابن عبد السلام دون ذكر قول عبد الحق فيه إيهام بصحته، ولم يتعقبه ابن القطان بحال.

ابن شاس: من له زوجة واحدة لا يجب مبيته عندها.

قُلتُ: الأظهر وجوبه أو تبييته معها امرأة ترضى؛ لأن تركها وحدها ضرر؛ وربما يتعين عليه زمن خوف المحارب والسارق.

الشيخ: روى محمد لا قسم لأم ولد ولا أمة مع حرة، ولا قسم بين السراري.

ابن شاس: لا يجب بين المستولدات وبين الإماء، ولا بينهن وبين الإماء، ولا بينهن وبين المنكوحات، إلا أن الأولى العدل وكف الأذى.

ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، رقم (7542).

وقول ابن عبد السلام: قول المؤلف "الأولى العدل وكف الأذى" الذي يدل عليه لفظ المدَوَّنة أن كف الأذى واجب لا أولى. قال فيها: ليس لأم الولد مع حرة قسم، جائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يضار، ويرد بأن المحكوم عليه بأولى مجموع العدل وكف الأذى لا مجرد كف الأذى فقط وبأن الأذى غير الضرر واجب منه؛ فلا تنافي بين كون ترك الأذى أولى وكون كف الضرر واجبًا، ودليل كونه غيره وأخف منه قوله تعالى: ﴿لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّآ أَذًى﴾ [آل عمران: 111].

قال اللخمي: لا مقال للحرة في إقامته عند الأمة، وفيه نظر، إلا أن يثبت فيه إجماع.

وفيها: العبد كالحر والمجبوب، ومن لا يقدر على الجماع يقسم من نفسه بالعدل إذ له أن يتزوج.

ابن شاس: يجب على كل مكلف وعلى ولي المجنون أن يطوف به على نسائه.

وفيها: يقسم المريض بين نسائه بالعدل إن قدر أن يدور عليهن فيه، وإن لم يقدر أقام عند أيتهن شاء لإفاقته ما لم يكن حيفًا، فإذا صح ابتدأ القسم، والقسم لصغيرة جومعت ومجنونة ورتقاء ومريضة لا تجامع وحائض وكتابية وأمة ككبيرة صحيحة، زاد اللخمي: النفساء والمحرمة ومن آلى منها أو ظاهرها على حقها في الكون عندهما وألا يصيب البواقي إلا أن ينحل من الإيلاء والظهار، وعليه أن ينحل منها إلا إن قامت بحقها التي لم يؤل منها ولم يظاهر، ومحمل آية الإيلاء على من كان خلوا من غيرها، فإن كان له قسوة فلها مطالبته بالعدل في الإصابة إلا أن يعتزل جميعهن، **«وقد غاضب ﷺ بعض نسائه فاعتزل جميعهن شهرا»**[1] أخرجه مسلم والبخاري.

وفي كون الأمة كالحرة، أو لها يومان وللأمة يوم روايتان، موجهًا الثانية بأن رق الأمة يمنعها سوم نفسها مساواة الحرة غايتها كونها ضرتها، فلما انتفت المساواة جعلت على النصف قياسًا على حكمها في الحد، وإن كانت حرة نصرانية وأمة مسلمة سوى

---

(1) أخرجه البخاري: 5/1991، باب موعظة الرجل ابنته لحال زوجها رقم (4896)، ومسلم: رقم (1084) في الصيام، باب الشهر يكون تسعاً وعشرين.

بينهما لترجيح النصرانية بالحرية والأمة بالإسلام.

قُلتُ: ظاهر الروايات بالتفاوت الإطلاق، فاختيار اللخمي ثالث، وعزا أبو عمر الثانية لابن الماجِشُون وأبيه، وروى أبو زيد عن عبد الملك أن مالكًا رجع إليها، وهو قول سعيد ابن بشير: إن كان الزوج عبدًا فكل المذهب على التسوية بين الحرة والأمة إلا أن ابن الماجِشُون قال: تفضل الحرة، وعلى التفاوت قال ابن شاس: إن عتقت في أثناء زمنها أتمه لها كالحرة وبعده استأنف لها كالحرة.

اللخمي: ليس له أن يقيم عند إحداهما في يوم الأخرى، واختلف في دخوله لقضاء حاجة فروى محمد له أن يأتي عابرًا أو لقضاء حاجة أو لوضع ثيابه عندها دون وضعها عند الأخرى لغير ميل ولا ضرر، وقال أيضًا: لا يقيم عندها إلا لعذر لا بد منه من اقتضاء دين أو تجر أو علاج، ولابن الماجِشُون لا بأس أن يقف بباب إحداهما دون الأخرى دون دخول، وأن يأكل مما تبعث به إليه، وهذا أحسن ألا يدخل إلا لضرورة تنزل؛ لأن الغالب اختلاف منزلة الزوجين، وتسويغ وضعه ثيابه وتجره عند إحداهما ذريعة لاختصاصه بذلك من يميل إليه فلا يحصل القسم.

وسمع القرينان: سمعت أن معاذ بن جبل كانت له امرأتان؛ فكان لا يشرب الماء من بيت إحداهما في يوم الأخرى، وما أدري ما حقه.

ابن رُشْد: وروي أنهما توفيتا معًا في وباء بالشام فدفنتا في حفرة وأسهم بينهما أيهما تقدم في القبر، وذلك تحر للعدل دون وجوب، لا بأس أن يتوضأ الرجل من ماء إحدى زوجتيه ويشرب الماء من بيتها، ويأكل من طعامها الذي يرسل إليه في يوم الأخرى من غير تعمد ميل، ويقف ببابها يتفقد من شأنها ويسلم من غير دخول.

قُلتُ: ففي دخوله لا الإقامة رواية محمد وقول ابن الماجِشُون مع نقل ابن رُشْد عن المذهب، واختلف إن أغلقت إحداهما دونه فروى محمد إن قدر أن يبيت في حجرتها وإلا ذهب للأخرى.

ابن القاسم: يؤدبها ولا يذهب للأخرى ولو كانت ظالمة.

أَصْبَغ: إلا أن يكثر ذلك منها، ولا مأوى له سواهما، وهو أحسن، وروى محمد له أن يبدأ بالليل قبل النهار وعكسه.

الباجي: يريد أن عليه أن يكمل لكل واحدة يومًا وليلة، والأظهر من قول أصحابنا أن يبدأ بالليل.

اللخمي: إن رضي الزوج والنسوة كونه يومين وثلاثة جاز، ولو رضي الزوج وحده بيومين أو ثلاثة ففي منعه وتمكينه رواية محمد وتخريج اللخمي على قول ابن القصار بأن له أن يسبع عند الثيب ويحاسب، وقبله المتيطي وغيره، ورده ابن بشير بعدم مساواة حال العروس غيره إذ له الزيادة على الجملة، يرد بإنتاجه العكس لاسيما مع أن التسبيع يبطل الاختصاص بالثلاث.

اللخمي: إن كان الزوجتان ببلدين جاز قسمه جمعة وشهرًا وشهرين على قدر بعد الموضعين بما لا يضر به ولا يقيم عند إحداهن إلا لتجرأونظر ضيعة. قلت: وقاله ابن حبيب.

ويجب استقلال كل واحدة بمسكنها: وفي كيفيته عبارتان: الجلاب والمتيطي: لا يجمع بينهن في منزل واحد إلا برضاهن.

ابن شعبان في زاهيه: من حق كل واحدة انفرادها بمنزل منفرد المرحاض، وليس عليه إبعاد الداربينهن.

اللخمي وابن رُشْد في رسم الأقضية الثاني من سماع القرينين: يقضى على الرجل أن يسكن كل واحدة بيتا، ويقضى عليه أن يدور عليهن في بيوتهن ولا يأتينه إلا أن يرضين.

قال محمد بن عبد الحكم: وهو صحيح على مذهب مالك، وقد قال مالك: من قال لامرأته: أنت طالق إن وطئتك إلا أن تأتيني أنه مول إذ ليس عليها أن تأتيه.

اللخمي: ولا يطأ زوجة ولا أمة ومعه أحد في البيت صغير ولا كبير، ولو كان نائمًا، ونقله الصقلي عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون بلفظ: لا ينبغي. قال: وكان ابن عمر يخرج الصبي في المهد، وكره في بعض الأخبار أن يكون معه بهيمة.

قُلتُ: ما ذكره عن بعض الأخبار لم أجده في كتب الحديث بحال، ومنع الوطء، وفي البيت نائم غير زائر ونحوه عسير إلا لبعض أهل السعة.

وفي منع جمع الحرتين في فراش واحد دون وطء وكراهته نقل اللخمي رواية محمد

وقول ابن الماجِشُون، وفي جمع الإماء كذلك القولان، وثالثها: الجواز لقولي مالك وابن الماجِشُون.

المتيطي: منع ابن سَحنون دخول الحمام بزوجتيه معًا وأجازه بإحداهما.

قُلتُ: وذكر ابن الرقيق أن أسد بن الفرات (1) أجاب الأمير يحيى بجواز دخوله الحمام بجواريه، وخطأه ابن محرز لحرمة الكشف بينهن.

وفيها: ليس عليه المساواة في الوطء ولا بالقلب، ولا حرج عليه أن ينشط للجماع في يوم هذه دون يوم الأخرى إلا أن يفعل ذلك ضررًا أو يكف عن هذه للذته في الأخرى فلا يحل.

وسمع ابن القاسم: لا بأس أن يكسو إحداهما الخز، ويحليها دون الأخرى إن لم يكن ميلا.

ابن رُشْد: هذا معروف مذهب مالك وأصحابه أنه إن أقام لكل واحدة ما يجب لها بقدر حالها فلا حرج عليه أن يوسع على من شاء منهن بما شاء، وقال ابن نافع: يجب عليه أن يعدل بينهن في ماله بعد إقامته لكل واحدة ما يجب لها، والأول أظهر.

قُلتُ: قول ابن نافع حكاه المتيطي رواية.

[illegible] أن يقيم عند من تزوجها بكرًا سبعًا وثيبًا ثلاثًا، وفي كونه حقًا للزوجة أو الزوج نقل الصقلي روايتي ابن القاسم وأشهب.

اللخمي: في كونه حقا للزوجة لازمًا لها أو له، ثالثها: هو حق لها يؤمر به ولا يجبر كالمتعة لروايتين وقول أَصْبَغ.

المتيطي: المشهور أنه لا يلزمه، وروى أبو الفرج لزومه.

ابن شاس: في كونه حقا لها أو له روايتان، وقيل: هو حق لهما.

قُلتُ: حكاه الباجي عن ابن القصار.

---

(1) هو: أبو عبد الله، أسد بن الفرات، الحرّانيّ، ثمّ المغربيّ. ولد سنة: 144هـ. أخذ عن: مالك بن أنس، وابن القاسم. وعنه: أبو يوسف شيخه، وسَحنون. من مؤلفاته: الأسديّة. توفي سنة: 213هـ. وانظر ترجمته في: سير أعلام النّبلاء: 10/ 225، ترتيب المدارك: 2/ 465، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 62.

ابن شاس: ثم في وجوبه واستحبابه روايتا ابن القاسم وابن عبد الحَكم، وعلى أنه حق لها أو لهما فهل يقضى لها به عليه أم لا؟

قال أَصْبَغ: لا يقضى عليه، وقال القاضي أبو بكر: الصحيح القضاء به، وللصقلي عن أشهب كأَصْبَغ وله والباجي عن محمد بن عبد الحَكم يقضى به.

ومن ليس عنده غير من تزوجها في سقوط حقها في السبع والثلاث وثبوته طريقا الصقلي عن نص ابن حبيب مع ظاهر قول محمد ونقل ابن شاس عن أبي الفرج عن ابن عبد الحَكم.

قال القاضي أبو بكر: لا معنى لهذا فلا يلتفت إليه.

الباجي عن ابن القصار: والأمة كالحرة.

المتيطي: والذمية كالمسلمة.

وسمع ابن القاسم: لا يتخلف العروس عن الجمعة، ولا عن الصلاة في جماعة.

سَحنون: وقال بعض الناس لا يخرج وهو حق لها بالسنة.

الصقلي: قال بعض فقهائنا: يريد: لا يخرج لصلاة الجماعة، والجمعة لا يدعها في هذا القول.

اللخمي عن ابن حبيب: يتصرف في حوائجه وإلى المسجد، والعادة اليوم أن لا يخرج ولا لصلاة، وإن كان خلوا من غيرها، وعلى المرأة بخروجه وصمٌ، وأرى أن يلزم العادة، ولو أراد أن يسبع للثيب، ويتم لنسائه سبعًا ففي منعه وتمكينه نقلا اللخمي رواية محمد، وقول ابن القصار ونقل ابن شاس عنه بلفظ إن اختارت التسبيع سبع، ثم سبع لغيرها لقوله ﷺ لأم سلمة، وقد التمست منه ذلك: **«إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن، وإن شئت ثلثت عندك ودرت عليهن»**(1).

قال القرافي: بالتسبيع يبطل حقها في التثليث.

---

(1) أخرجه مسلم، رقم (1460) في الرضاع، قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف، والموطأ: 2 / 529 في النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، وأبو داود: رقم (2122) في النكاح، باب في المقام عند البكر.

قُلتُ: فيجب شرط التسبيع باختيارها كنقل ابن شاس لا لمجرد اختياره كظاهر لفظ اللخمي.

قال عن محمد بن عبد الحَكم: إن زفت إليه امرأتان في ليلة أقرع بينهما وقبله عبد الحق واللخمي، وقال: على أحد قولي مالك أن لا حق له فهو مخير دون قرعة.

قُلتُ: الأظهر إن سبقت إحداهما بالدعاء للبناء قدمت وإلا فسابقة العقد، وإن عقدا معًا فالقرعة.

اللخمي: إن عدا بترك يوم إحداهما لا عند الأخرى لم يكن لمن ذهب يومها أن تحاسب بتلك الأيام؛ لأنها لو حوسبت بها لكانت قد أخذت ذلك من يوم صاحبتها، وهي لم يصل إليها إلا حقها.

قُلتُ: انظر هل مراده أنه لم يطلع على عدائه إلا بعد قسمه لتالية التي عدا عليها؟ ولو اطلع عليه قبله لزمه يوم التي عدا عليها قبل تاليتها، أو سواء اطلع عليه كذلك، أو قبل قسمه للتالية؟ والأول أظهر.

وفيها: إن تعمد المقام عند واحدة منهن شهرًا حيفا لم تحاسب به، وزجر عن ذلك وابتدأ القسم، فإن عاد نكل كالمعتق نصفه يأبق لا يحاسب بخدمة ما أبق فيه.

وقال ابن عبد السلام: أنكر هذا التشبيه بأن أكثر أحكام المعتق بعضه كالقن فليست الشركة بينه وبين سيده حقيقية بخلاف الزوجين، ويرد بأن الكثرة المذكورة إنما هي في الأحكام التي تختلف فيها الحرية والرقية لا في الأحكام المالية، في جناياتها إذا جنى المعتق بعضه أو جنى عليه فلسيده أو عليه بقدر ملكه منه وللعبد أو عليه بقدر ما عتق منه، وخرج اللخمي من رواية السليمانية من أقام عند إحدى نسائه الأربع شهرين فأراد مقاصتها فأبت فحلف لا وطئها حتى يقضي الباقيات ليس بمول لإرادته العدل لا الضرر، فأجاز المحاسبة بالماضي

قال: وهو أحسن، ورده ابن بشير بأن عدم الحكم بإيلائه أعم من كونه مع ثبوت القسم للمحلوف عليها ونفيه، وعبر ابن عبد السلام عن قول اللخمي بقوله: قال اللخمي: لو لم يلزم القضاء لكان موليًا وهو ظاهر. قال: ورد بأنه لم يقصد الضرر بذلك؛ بل أراد العدل فهو كمن حلف أن لا يطأ زوجته حتى تفطم ولدها.

وأجيب بأن المرضع وإن لم يقصد ضررها فترك الوطء يعود بنفع على ولدها، ومسألة الزوجات لا يعود لها نفع ولا لولدها، ولذا لو حلف أن لا يطأ المرضع عامين لقصد نفي الضرر عن الولد فمات وقد بقي من العامين أكثر من أربعة أشهر كان موليًا.

قُلتُ: يرد بأن موجب نفي الإيلاء في مسألة الفطام عند اللخمي الذي البحث معه إنما هو مجرد عدم قصد الضرر لا بقيد حصول النفع لها أو لولدها لقوله في كتاب الإيلاء: إن حلف على ترك وطئها لإرادة إصلاح جسده وضرره بالوطء، فإن كان ضعيف البنية وضرب أجلًا يرى فيه صلاحه لم يكن موليًا.

وفيها: إن رضيت بترك أيامها أو بالأثرة عليها على ألا يطلقها جاز، ولها الرجوع متى شاءت فإما عدل أو طلق.

اللخمي: إن أسقطت الحرة يومها أو وهبته لضرتها فللزوج منعها لحقه في المتعة بها، فإن وافقها فالمسقطة كالعدم واختص القسم بمن سواها وللموهوبة يومها، وقال بعض العلماء: إن وهبته له فله أن يخص به واحدة أو يخص القسم بمن سواها ولها الرجوع في حقها متى شاءت كانت الهبة مقيدة بوقت أو لأبد إلا أن يكون اليوم واليومين.

قُلتُ: ظاهرها الإطلاق وظاهر قوله.

قال بعض العلماء: إن المذهب خلافه، وهو مقتضى قول ابن الحاجب وابن شاس وفيه نظر، لاحتمال كونه كهبة أحد الشفعاء حقه المبتاع، وأحد غرماء المفلس حقه له حيث يستغرقه من سواه، أو كهبة أحد أولياء القتيل حقه القاتل، والأول أظهر، والثاني أجرى على شرائه ذلك.

وسمع القرينان: سئل عمن يرضي إحدى امرأتيه بعطية في يومها ليكون فيه عند الأخرى.

قال: الناس يفعلونه.

قال: أتكرهه.

قال: غيره أحب إلي.

ابن رُشْد: في هذا السماع من طلاق السنة لا يعجبني شراء المرأة من صاحبتها

يومها من زوجها وأكرهه، أرأيت لو اشترت منها شهرًا وأرجو خفة شراء الليلة، فظاهره أن شراء المرأة الليلة أشد كراهة من شرائها الرجل فيحتمل أن يفرق بأن المرأة لا تدري ما يحصل لها بما أعطت من المتعة إذ قد يصيبها في تلك الليلة وقد لا، والرجل يدري ما يحصل له منه بما أعطى، والكراهة في شراء المدة الطويلة ببينة من كل واحد منهما للغرر، إذ لا يدري كل واحد منهما هل يعيش لتلك المدة هو أو الذي اشترى الاستمتاع به.

اللخمي: اختلف في بيعها اليوم وشبهه فروى محمد: لا أحب شراءها من صاحبتها يومًا ولا شهرًا، وأرجو خفته في ليلة.

قيل: فإن أرضى إحدى امرأتيه بعطية ليومها ليكون فيه عند الأخرى.

قال: الناس يفعلونه وغيره أحب إلي منه، وإن أذنت له في وطء الأخرى في يومها فلا بأس، والتفرقة بين اليسير والكثير لعدم قدرتها على التوفية فيما كثر.

قُلتُ: هذا خلاف تفرقة ابن رُشْد، وليس للأمة إسقاط حقها في قسمها إلا بإذن سيدها كالعزل لحقه في الولد إلا أن تكون غير بالغ أو يائسة أو حاملًا، واستحسن إن أصابها مرة وأنزل أن لها أن تسقط حقها في القسم.

قُلتُ: يرد باحتمال خيبتها فيها ورجائه في تكرره.

وفي سفره ببعضهن بالقرعة أو باختياره، ثالثها: في الحج والغزو لا التجر لروايتي اللخمي مع الشيخ ورواية القاضي.

قال مع محمد واللخمي: له السفر بمن اختصت بمصلحته وشرط القرعة صلاح جميعن للسفر.

اللخمي: وليس له ترك القيمة بماله المدبرة لأمره إن أبت إلا أن تكون ثبطة لا تصلح للسفر أو ذات عيال لضرر بخروجها بهم أو دونهم، ومن تعين سفرها جبرت عليه إن لم يشق عليها أو يضرها.

المتيطي عن أبي عمر: من أبت السفر معه سقطت نفقتها.

الصقلي عن ابن حبيب عن مالك وأصحابه: أحب إتمامه يوم من خرج في يومها إن قدم أثناء يومٍ وله إتمامه عند غيرها.

قُلتُ: الأظهر على وجوب إتمام كسر اليوم في القصر والعقيقة ونحوهما يجب.

اللخمي: إن انقضت أيام بنائه أو مرضه أو سفره لم يحاسب بها، وفي تخييره في ابتدائه بمن أحب مطلقًا، أو سوى التي كان عندها، ثالثها: يقرع بين من سواها وأرى بدأه بأبعدهن قسما ممن يليه ومن كان عندها أخرهن، وإن جهل ترتيبهن أقرع بينهن.

وفيها: لا قضاء لها على الزوج لأيام غيبتها عنه لضيعتها أو حج أو عمرة وبقائه مع غيرها.

اللخمي: في لغو قولها أحرم عليك مكث أيام غيبتي عند ضرتي مطلقًا أو ما لم تكن على ميل ونحوه روايتا المبسوط ومحمل جواب مالك على قوله فيمن أغلقت الباب دونه أن له المضي لضرتها لا على قول ابن القاسم إلا أن يضره طول غيبتها.

وفي الطرر من الاستغناء: المشاور يقضى للرجل على زوجته من الجماع إن تحاكما فيه بأربع مرار في الليلة، وأربع في اليوم كالمرأة مع ضرائرها، حكاه عن ابن القرطي فانظره.

قُلتُ: لم أجده في الزاهي وفيه نظر لاقتضائه وجوب الحكم للمرأة مع الضرائر بالوطء.

وشقاق الزوجين: إن ثبت فيه ظلم أحدهما الآخر حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما.

ابن شاس: إن نشزت وعظها، فإن لم تقبل هجرها، فإن لم تقبل ضربها ضربًا غير مخوف، وإن غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف لم يجز.

وفي الزاهي: ضرب الزبير بن العوام أسماء بنت أبي بكر ﵃، وصاحبتها ضربًا شديدًا وعقد شعر واحدة بالأخرى، وكانت أسماء لا تتقي الضرب فكان ضربها أكثر وأشهر، فشكته إلى أبيها أبي بكر ﵁ فلم ينكره، وأمرها بالصبر عليه.

قال ابن شعبان: والذي أختاره أنها إن فحشت عليه أو منعته نفسها، وخالفت ما أوجب الله عليها وعظها مرة ومرة ومرة، فإن لم تنته هجر مضجعها ثلاثًا، فإن لم تنته ضربها ضربًا غير مبرح كما جاء في الخبر، وإن لم يتبين ظلم أحدهما ففيه اضطراب.

وسمع ابن سهل: أفتى ابن لبابة وابن وليد قاضيًا شكت إليه امرأة ضرر زوجها

بها، ووكلت على مطالبته، وعاودت الشكوى ببعث الحكمين إليهما، وقاله عبيد الله بن يحيى بعد تلوم واستقصاء نظر، كذا في أحكام ابن زياد، وفيه أيضًا: إذا أشكل على القاضي أمر الزوجين، ولم يصل إلى معرفة الضار منهما أرسل الحكمين، وقاله أيوب وابن وليد.

وفيه أيضًا: ترددت شكوى امرأة بإضرار زوجها فهل أرسل الحكمين أو أرسلهما إلى دار أمينٍ حتى أفهم كما كانت القضاة تفعل، فهمنا سؤالك ونرى أن ترسل إليهما الحكمين كما قال الله تعالى، لا يجوز غير ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ [الأحزاب: 36] قاله محمد بن الوليد، وقال أيوب بن سليمان قول أهل العلم في هذا كشف الحاكم أهل الخبرة بهما من أهل الثقة والأمانة، فإن أشكل الأمر، ولم يجد له بيانًا أرسل الحكمين.

وفيها أيضًا: كتب إلى عبيد الله بن يحيى قلت: لي إن أبي وعمي لم يحكما بإرسال الحكمين، ولم يجر به عمل هنا إنما كان الذي ينظر به القضاة إخراج الرجل وامرأته إلى دار أمين حتى يفهم به الحال فهل أمضى على الحكمين أو بما كانت القضاة تفعله؟ فقال عبيد الله بن يحيى: لا أرى أمر الحكمين؛ لأنك تحكم بما لم يكن يحكم به من كان قبلك من أئمة العدل كعمك ووالدك، وإخراجهما إلى دار أمين أو إسكان أمين معهما هو الأمر الذي لم تزل القضاة تعمله.

ابن سهل: أجوبتهم هذه مضطربة مختلفة غير محصلة.

عبيد الله بن يحيى: هذا في جوابه وانظر أمر الحكمين، وقال للقاضي الذي سأله لا أرى أمر الحكمين، ونسي قوله بهما في مسألة ابن تمام، وقال: إنه لم يره لانفراده بحكم لم يحكم به أحد من أئمة العدل، وجهل أن عمر بن الخطاب ﷺ حكم به على ما حكاه ابن حبيب: وأن عثمان بن عفان بعث حكمين علي بن أبي طالب ومعاوية، وحكم بذلك علي بن أبي طالب ﷺ في خلافته، ولو تدبر السؤال وأتقن فهمه لم يحتج إلى إنكار ما لا يجوز إنكاره؛ لأنه إنما سئل عمن شكت ضررًا فقط فكان جوابه أن يسألها بيان ضررها فلعله منعها من الحمام وتأديبها على ترك الصلاة، فإن بينت ضررًا لا يجوز فعله بها وقف عليه زوجها، فإن أنكره أمرها بالبينة عليه، فإن عجزت وتكررت شكواها

كشف القاضي عن أمرها جيرانها إن كان فيهم عدول، فإن لم يكونوا فيهم أمره القاضي بإسكانها بموضع له جيران عدول، فإن بان من ضرره ما يوجب تأديبه أدبه، وإن كان لها شرط في الضرر أباح لها الأخذ به، وإن عمي عليه خبرها، ورأى إسكانها مع ثقة يفتقد أمرهما أو إسكان ثقة معهما فعل، هذا معنى ما ذكره ابن حبيب عن مُطَرِّف وأَصْبَغ، وفي كتاب الجدار لعيسى بن دينار نحوه.

ولابن سَحنون عن أبيه فيمن ادعت ضرر زوجها، وادعى هو إضرارها وسوء عشرتها وجهل صدقهما اختبر الحاكم أمرهما بأن يجعل معهما أو يجعلهما مع من يتبين له أمرهما فيعمل عليه، وهذا كله يقتضي أن الحكمين إنما يبعثان عند إشكال أمر الزوجين فيما يدعيانه، وبعد طول شكواهما والكشف عن أمرهما.

قُلتُ: هذا الذي عليه الأكثر، وقاله ابن فتوح والمتيطي وابن فتحون ولفظه: ويكلف القاضي جيرانها الصالحين تفقد خبرها وضررها، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها، ولا يقضي بإسكان أمينة معها، ورأيت لقرعوس بن العباس أنه يقضى بذلك، والأول أظهر وأشهر إلا أن يتفق الزوجان عليها، وتكون نفقتها عليهما.

المتيطي عن بعض الفقهاء: آية بعث الحكمين محكمة غير منسوخة، والعمل بها واجب لم يترك القول بها عالم حاشى يحيى بن يحيى كان لا يرى بعث الحكمين.

قال ابن عبد البر في تاريخه: وأنكر عليه وتبعه ابنه عبيد الله، وأنكر بعثهما على ما استفتاه.

ابن فتوح: قال محمد بن أحمد: لم يقض عندنا فيما أدركنا وسمعنا بالحكمين؛ لأنه قل ما يبلغ أمر الزوجين حيث يحتاج إليهما.

قُلتُ: ففي بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى أحدهما الآخر، ولا بينة، وتركه مطلقًا لإسكانهما مع من يقبل قوله إلى تبين الظالم منهما، ثالثها: الواجب إسكانهما معه إن لم يفد مع جيران كذلك، فإن طال أمرهما وتكررت شكواهما بعثهما لهما، لابن سهل عن فتوى ابن لبابة وابن وليد، والمتيطي عن يحيى بن يحيى مع ابنه عبيد الله، والأكثر مع ابن سهل عن أول جوابي عبيد الله بن يحيى.

ابن فتوح عن مُطَرِّف: إن شكت ضرره بالبادية، وطلبت نقلها للحاضرة لم يلزمه إلا أن لا يكون حولها من البادية من يرضى وتكون الحاضرة أقرب، وكذا إن كانت بطرف الحاضرة وليس حولها من يرضى؛ نقلت عنه لمن يرضى.

الباجي: إنما يبعث الحكمين الحكام أو الزوجان أو آباؤهما إن كانا محجورين.

وفيها: قال ربيعة: لا يبعث الحكمين إلا السلطان.

عياض: هذا خلاف قول مالك فيها بإجازة بعثهما الوليان.

وفي ثاني نكاحها يجوز ضرب ولاة المياه وصاحب الشرط أجل العنين والمعترض، وفي أقضيتها: سئل عما قضت فيها ولاة المياه.

قال: أرى أن يجوز إلا في جور بين.

قُلتُ: معنى البعث والزوجان محجوران، أن الزوجة قامت بالضرر، ولو رضيته سقط مقال وليها ولو كان أبًا. قاله عن المذهب الشعبي وابن فتوح وغيرهما.

قال ابن فتوح: وكذا كل شرط فيه فأمرها بيدها، وتمامه في التمليك.

اللخمي: إن خرجا لما لا يحل من مشاتمة، ووثوب وجب على السلطان بعث الحكمين، وإن لم يطلباه بذلك.

الباجي: شرط صحة كونهما حكمين الإسلام والبلوغ والحرية والذكورية والعدالة، وفي كونهما من الأهلين كذلك أو وصف كمال نقلا ابن فتحون عن المذهب وابن بشير مع الباجي، وفي كونهما فقيهين من الأول أو الثاني نقلا الأول مع الثاني والثالث.

وفيها: يبعث حكمين من أهلهما عدلين، فإن لم يكونا في الأهلين أو لا أهل لهما فمن المسلمين.

اللخمي: يبعث حكمين من أهلهما فقيهين بما يراد من الأمر الذي ينظران فيه، فإن لم يكن في أهلهما ذلك فمن جيرتهما، فإن لم يكن فمن غيرهما، فإن وجد الصالح في إحدى الجهتين دون الأخرى انتقل فيها للجار ثم الأجنبي، وإن كان الزوجان قريبين جاز بعث من هو منهما بمنزلة واحدة كالعمين والخالين أو عم أو خال، ولو جهل السلطان بعث من لا فقه له ولا علم عنده بوجه الحكم فيسأل أهل العلم مضى

حكمهما، وإن حكما بعلمهما سئلا عن صفة ما اطلعا عليه، فإن أصابا الحق مضى حكمهما وإلا رد، وإن بعث أجنبيين مع وجود الصالح للبعث في الأهلين أشبه أن ينقض الحكم لمخالفته النص ويشبه أن يمضي، ولزوم كونهما اثنين هو ظاهر في بعث السلطان مطلقًا.

فيها: إن اجتمع الزوجان على بعث رجل واحد أيكون كالحكمين؟ قال: نعم إن صلح لذلك ليس بنصراني ولا عبد ولا صبي ولا امرأة ولا سفيه.

الباجي: هذا قول ابن القاسم في المَدَوَّنة؛ يريد: ولا يجوز ذلك للسلطان ولا لولي اليتيمين؛ لأن الحق للزوجين.

ابن فتحون: لا يجوز للإمام أن يحكم واحدًا لمخالفته التنزيل.

زاد المتيطي: ولا يجوز لهما ذلك إن كانا رشيدين، ولا لمن يليهما إن كانا في ولاية، فإن جعلا ذلك لواحد عدل لم ينقض. قاله عبد الملك في المَدَوَّنة.

اللخمي: إن حكم السلطان رجلًا أجنبيًا مضى حكمه؛ لأن كونهما اثنين إنما هو إن كانا من الأهلين لاختصاص كل منهما بخبرة من هو من أهله؛ ونسبة الأجنبي لهما على السوية؛ فجرى على الأصل في وحدة الحاكم بخلاف حكمي الصيد؛ لأن حاكم الزوجين بإقامة القاضي؛ وحاكم الصيد بإقامة المطلوب؛ فوجب تعدده لنفي تهمته، ولأن المحكوم له في الزوجين له خصم ليس هو في الصيد، وإن كان التحكيم من قبل الزوجين أو من يليهما سلك في عدد الحكمين وصفتهما كبعث السلطان.

قُلتُ: ففي منع الاقتصار على بعث واحد مطلقًا، وجوازه إن كان أجنبيًا مطلقًا، ثالث الطرق يجوز مطلقًا للزوجين معًا فقط، لابن فتحون واللخمي والباجي، وقول ابن الحاجب: ويجوز أن يقيم الزوجان أو الوليان خاصة واحدًا على الصفة لا على غيرها غير الجميع.

وفيها: غير المدخول بها مثلها في بعث الحكمين.

الباجي: وحكمهما على وجه الحكم لا الوكالة فينفذ، وإن خالف مذهب من بعثهما جمعًا أو فرقًا.

ابن شاس: وقيل: بل هما وكيلان.

ابن بشير: حكم الحكمين متردد بين التوكيل والتحكيم وعليه جرى أكثر مسائل الباب.

وفيها: ليس بعث الحكمين على وجه تمليك الطلاق يدل عليه دخول المرأة فيه بتحكيمها، ولا مدخل لها في تمليك الطلاق، وقول ابن الحاجب: وهما حكمان ولو كانا من جهة الزوجين لا وكيلان على الأصح؛ فينفذ طلاقهما من غير إذن الزوج، وحكم الحاكم يدل على عدم نفوذه في ذلك على القول بالوكالة،ولا أعلمه في المذهب بحال؛ بل الجاري عليه غير ذلك حسبما يأتي إن شاء الله تعالى.

المتيطي وابن فتحون وغيرهما: إذا توجه الحكمان باشرًا أمورهما وسألا عن بطانتهما، فإذا وقفا على حقيقة أمرهما أصلحا بينهما إن قدرًا وإلا فرقًا.

زاد فيها: وتجوز فرقتهما دون الإمام، وفي كيفية الفرقة عبارات.

الباجي: إن كانت الإساءة من الزوج فرقًا، وإن كان من المرأة تركاهما وائتمناه عليها، وإن كانت منهما فرقًا على بعض الصداق، لا يستوعب له وعنده بعض الظلم، رواه محمد عن أشهب.

قال محمد: وهو معنى قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: 229].

ابن فتحون: إن لم يقدرًا على الصلح فرقًا بشيء من الزوج أو إسقاطه عنه أو على المتاركة دون أخذ، وإسقاط لا ينبغي أن يؤخذ لها منه شيء، وتبعه المتيطي.

اللخمي: إن كان الظلم منه فقط فرقًا دون إسقاط شيء من المهر، وعكسه إن كان لا يتجاوز الحق فيها عند ظلمها ائتمناه عليها، وأقرت إلا أن يحب فراقها فيفرقان، ولا شيء لها من المهر، ولعبد الملك في المبسوط: لو حكما عليها بأكثر من المهر جاز إن كان سدادًا، وإن كان منهما أو أشكل أمرهما فرقًا وقسما بينهما نصف المهر قبل البناء وجميعه بعده.

وفيها لربيعة: إن كان الظلم منه فرقًا بغير شيء، وإن كان منهما أعطي الزوج بعض الصداق، وإن كان منها فقط جاز ما أخذا له منها.

أبو عمران: هو وفاق إن تأول معنى قوله أضر بها في دعواها.

الصقلي: ظاهره إن ثبت ضرره بها لم يأخذًا له منها شيئًا.

وقول بعض شيوخ إفريقيَّة: لا يجوز خلع الزوج على أخذ شيء منها إن كان الضرر منهما معًا. قاله متقدم علمائنا، وليست كمسألة الحكمين إن كان الضرر منهما معًا؛ لأن النظر لغير الزوجين إن رأى الحكمان باجتهادهما إعطاء الزوج شيئًا من مالها على خروجها من عصمته جاز- يدل على أن للحكمين أن يعطيا للزوج شيئًا من مالها وإن كان الظلم منهما معًا.

أبو حفص: إن كان خلعها إذا كان الظلم منها مائة، فإن كان الظلم منهما جميعًا أخذا له النصف، وإن كان الثلث من قبله والثلثان من قبلها أخذا له الثلثين، وفي العكس العكس.

اللخمي: لو انفرد أحدهما بالحكم بالطلاق لم ينفذ، ولو اجتمعا عليه وانفرد أحدهما بالخلع بمال لم يلزما، ولو أمضت الزوجة المال ففي إلزامه الزوج الطلاق نقل اللخمي عن عبد الملك، وتخريجه على قول ابن القاسم لا يجوز إخراج أرفع ما اختلف فيه حكما الصيد؛ لأنه بواحد.

قُلتُ: ما عزاه لعبد الملك هو نص قولها، وعزاه الباجي لابن القاسم فيها، وفي قبول الصقلي قول الشيخ: أكثر ما في باب الحكمين يذكر أنه لعبد الملك إلا ما ذكر مالك: نظر؛ لأن مسائله نص بلفظ.

قُلتُ: على مساق مسائلها والمعروف إدخال سَحنون فيها ما ليس لمالك، وابن القاسم عزوه لمن هو له باسمه أو بلفظ الغير، وقول ابن محرز: كل الباب ليس لابن القاسم فيه شيء يحتمل كونه عنده لمالك أو لعبد الملك، وقوله مذهب عبد الملك هو الذي في الكتاب يحتمل كونه قوله أو مثله.

وفيها: لا يحكمان بأكثر من واحدة وهي بائنة، فإن حكما به سقط؛ لأنه خارج عن معنى الإصلاح، وعزاه اللخمي لعبد الملك فيها، وأشهب في الموازيَّة وأبو عمر لابن القاسم.

قال اللخمي: ولابن القاسم في الموازيَّة يلزمه ما أوقعاه، وزاد الصقلي عزوه لأَصْبَغ.

المتيطي ونحوه لأشهب في شرح ابن مزين، وروى مُطَرِّف في ثمانية أبي زيد: إن

اجتمعا على أكثر من واحدة لم يلزم الزوج شيء.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة بين عزوها.

اللخمي: إن حكم أحدهما بواحدة والآخر بالبتة أو أحدهما باثنين والآخر بثلاث ففي لزوم واحدة ولغو حكمهما، ثالثها: تلزم طلقتان لعبد الملك ومحمد والجاري على قول ابن القاسم.

قُلتُ: قد يرد باختلافهما.

ابن بشير: إن حكم أحدهما بواحدة والآخر بثلاث أو البتة ففي لزوم واحدة ولغو حكمها فيبتدئانه، ثالثها: إن خالف بالثلاث لا البتة.

الصقلي: إن نزعا معًا أو أحدهما قبل حكم الحكمين سقط حكمهما إلا أن يكون النزوع بعد أن استوعبا الكشف عن أمرهما وعزما على الحكم أو البعث من السلطان.

الصقلي: لعله يريد إن نزع أحدهما فقط، ولو نزعا معًا، ورضيا بالبقاء انبغى أن لا يفرقا.

المتيطي، وغير واحد: فإذا حكما أخبرًا القاضي بمحضر شهيدي عدل بما اطلعا عليه من أمرهما وحكمهما، وكذا كل من استخلفه القاضي على ثبوت شيء أو إنفاذه. قال بعض الموثقين: ورأيت لابن العطار وغيره من الموثقين أنهما يشهدان بذلك عند القاضي ولست أراه؛ لأنهما حاكمان لا شاهدان، ولابن عات عن ابن رُشْد: لا يعذر في حكم الحكمين؛ لأنهما لا يحكمان في ذلك بالبينة القاطعة؛ بل بما خلص لهما من علم أحوالهما بعد النظر والكشف.

قُلتُ: المنفي في لفظ المتيطي هو إعذار القاضي في إخبارهما بموجب حكمهما، وفي لفظ ابن عات هو إعذار الحكمين عند إيقاعهما الحكم.

اللخمي: اختلف إن حكم الزوجان الرشيدان غير عدل أو امرأة أو صبيًا، فقال عبد الملك: حكمهما منقوض؛ لأنه غرر وتخاطر ويختلف إن حكما رجلين ظناهما عدلين في إمضاء حكمهما؛ في الموازيَّة إمضاؤه كقضاء قاض بشهادتهما، واختلف في الشاهدين، وأرى الكشف عن حكمهما، فإن كان صوابًا مضى؛ وإلا رد بخلاف الشاهدين لتعذر الوصول لمعرفة صدقهما.

ابن محرز: لو حكما امرأة أو عبدًا ففي نقض حكمهما خلاف.

ابن فتوح عن مُطَرِّف: لا يجوز تحكيمهما كالمسخوط، وقال ابن الماجِشُون: تحكيم العبد والمرأة البصيرين العارفين المأمونين جائز، وحكمهما لازم ما لم يكن خطأ بينا وقاله أَصْبَغ وأشهب، واستدل بأن عمر بن الخطاب ﷺ ولى الشفاء أم سليمان بن أبي حتمة سوق المسلمين، ولا بد لوالي السوق من الحكم، ولو في صغير أمر، ونقل ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ اختلف في تحكيم المرأة والعبد والصبي الذي يعقل بالجواز والمنع في العبد خاصة؛ لا أعرفه وهو عكس نقل عبد الحميد الصائغ قال: لا يجوز أن يتراضيا بحكم صبيين والمرأة أدخل في الجواز، وأما العبدان فالصواب عند بعض شيوخنا المحققين جواز حكمهما وجواز شهادتهما خلافًا لما قاله فقهاء الأمصار في الشهادة، ولابن رُشْد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم في الشهادات لا يجوز تحكيم النصراني، ولا الصغير الذي لا يعقل.

واختلف في المرأة والعبد والمسخوط والمولى عليه والصغير الذي يعقل فأجازه أَصْبَغ في الجميع ومنعه مُطَرِّف فيهم وأجازه ابن الماجِشُون مرة في المرأة والعبد، وكذا المولى عليه على قياس قوله، وأجازه أشهب فيهم غير الصبي، وقال ابن حبيب في كتاب الأقضية: اتفقوا على أنه لا يجوز تحكيم صبي ولا معتوه ولا من على غير الإسلام واختلفوا في المرأة والعبد والمسخوط.

كتاب الطلاق

الطلاق: صفةٌ حكميةٌ ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبًا تكررها مرتين للحر، ومرةً لذي رقٍّ حرمتها عليه قبل زوجٍ (1).

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشيخ: هذا الرسم وذكر بعده ما نقل عن شيخه: أن ابن الحاجب لم يرسمه؛ لأن حقيقته مشعور بها للعوام.

قال الشيخ: وهذا مردود؛ لأن المشعور به وقوعه من حيث صريح لفظه أما الحقيقة فلا ولا لبعض الفقهاء، وهذا حق لا شك فيه.

قوله: في رسمه (صفة حكمية) تقدم أنه يأتي بالجنس بها يناسب المحدود وهنا المحدود تناسبه الصفة الحكمية كما قدمنا في الطهارة وغيرها؛ لأنها معان تقديرية على ما فيه من البحث المتقدم قوله: (ترفع حلية) أخرج به الطهارة وما شابهها من الأسباب؛ لأن الطلاق مانع، والطهارة بالمعنى الذي أشار إليه سبب، وإن كانت شرطًا في الصلاة والطلاق لما كان مانعًا ناسب فيه ذكر الرفع فلذا.

قال فيها: ترفع على أن الشيخ قال في الإحرام: صفة حكمية توجب حرمة إلخ؛ فتأمل ما الفرق في ذلك.

(فإن قلت): وهل ثم فرق بين قوله ترفع الحلية مع توجب الحرمة أو لا فرق بينهما.

(قُلتُ): الرفع أشد من إيجاب المنع في الحلية كما ذكر ذلك في النسخ، وذكر الرفع هاهنا أنسب بالطلاق وفيه بحث قوله: (حلية) لابد من ذكرها؛ لأن المتعة لا ترفع، وإنما يرفع المتعلق بها قوله: (الزوجة... إلخ) أخرج به حلية المتعة بغيرها.

(فإن قلت): قوله: "حلية المتعة" صريح في أن المطلقة الرجعية لا يحل التلذذ بها، وقد ذكر اللخمي في التلذذ بالنظر إليها الخلاف.

(قُلتُ): ذلك ليس بصحيح، وقد أنكر ذلك الشيوخ مثل ابن محرز وعياض وغيرهما، وإنما ذكروا الخلاف في الجلوس عندها.

(فإن قلت): قد ذكر في رسم العدة الرأيين وبنى الحد عليهما، ولم يفعل ذلك هنا.

(قُلتُ): يأتي ما في ذلك من تأويله بعد، وفي الرجعة قوله: (موجب تكررها مرتين... إلخ) صفة للصفة جرت على غير من هي له على نسخة الرفع، ورأيت في نسخة صحيحة موجبًا فهو نصب على الحال ويظهر أنه زاد ذلك لأوجه أظهرها أنه يخرج بذلك صور كثيرة تمنع أو ترفع المتعة بالزوجة وذلك مثل إحرام الحج وأنه صفة حكمية ترفع حلية المتعة بالزوجة فزاد القيد المذكور، وهو أن موجب تكرر الصفة حرمة الزوجة على زوجها قبل زوج وذلك من خاصية الطلاق الممتاز به عن إحرام الحج وغيره؛ فزاد ذلك ليخرج بذلك ما يوجب عدم طرد حده بإحرام الصلاة أو إحرام الحج وصفة الاعتكاف وغير ذلك لا يقال إن إحرام الحج لا يرفع بل يمنع؛ لأن ذلك مبناه على الفرق بين الرفع، والمنع وفيه بحث ومنع.

وقوله: (قبل زوج) زاد هذا القيد؛ لأن المذكور لا يوجب الحرمة المطلقة، وإنما يوجبها مقيدة فزاد القيد ليجمع خاصيته.

(فإن قلت): ضمير تكررها يعود على الصفة المذكورة، وكيف تكرر وإنما يتكرر التطليق والتطليق غير الطلاق.

(قُلتُ): إذا تكرر التطليق فقد تكرر الطلاق تقديرًا والتطليق حسي والطلاق تقديري، وقد قدمنا في الطهارة التطهير والطهارة؛ فكذلك نقول هنا التطليق والطلاق فرسم التطليق لم يذكره الشيخ كما عرف التطهير، ويمكن فيه أن يقال التلفظ أو ما يقوم مقامه بصريحه أو كنايته ظاهرة أو خفية، ويأتي حد الصريح من كلامه وما ذكر معه.

(فإن قلت): بمن نصب مرتين.

(قُلتُ): يظهر أنه على المصدر العددي، وإنما قيد بمرتين؛ لأن ذلك هو الموجب للتحريم والزائد لا أثر له، ويقال في الطلاق الثاني تكرر، وكذا الثالث، ولا يصدق على الأول أنه متكرر، وفرق الشيخ بين منع حلية المتعة وبين الحرمة، وهو كذلك، ورفع حلية المتعة لا يستدعي التحريم، ومقتضى التحريم يرفع حلية المتعة قطعًا، وتقدم أن الصفة الحكمية في الطلاق والطهارة عند القرافي يرجعان إلى الحكم الشرعي؛ انظر القواعد منه، وما قدمناه في الطهارة، وقد أورد عليه بعض الشيوخ أن حده غير منعكس لخروج طلاق السنة منه، وفيه نظر.

(فإن قلت): إذا قال لزوجته أنت طالق ألبتة؛ فهذا تطليق، وهو يوجب الطلاق والطلاق هو الصفة الحكمية والبتة لا تتبعض فلا يقع تكرر في الثاني والثالث، وإنما وقعت الثلاث من غير تكرر ضرورة عدم التبعيض، وإذا لم يقع التكرر في التطليق فلا يقع في الطلاق، وقد قال موجب تكررها فالحد غير جامع.

(قُلتُ): لنا أن نمنع عدم التبعيض، فإن في المذهب من قال به، ولو سلمنا فلا يلزم ما ذكرتم إذا تؤمل؛ لأن التكرر موجود تقديرًا، وفيه بحث؛ لأن حقه أن يقول إذا موجب تكررها وجودًا أو تقديرًا، والله سبحانه الموفق، وظاهره أن حده عام في الطلاق قبل البناء طلق خلعًا أو رجعة طلاقًا واحدًا أو ثلاثًا مجتمعًا أو مفترقًا.

(فإن قلت): وكيف يصدق حده على طلاق الخلع، والخلع هو نوع معاوضة.

(قُلتُ): التعريف يصدق على معنى الطلاق لا على ما يوجب الطلاق والخلع أوجب الطلاق، والرسم للطلاق المقسم إلى أقسام تختلف أسبابها.

(فإن قلت): طلاق الرجعية كيف رفع حلية المتعة في حال طلاقها إنما رفعها بعد انقضاء عدتها.

(قُلتُ): هذه المسألة فيها نقلان في مذهبنا فالذي نقله عياض: أنها محرمة حتى تقع حليتها، والذي نقل ابن بشير: أنها على الإباحة حتى تنقضي عدتها.

(قُلتُ): والذي حققه الشيخ بعد هذا أن الزوجية أعم من إباحة الاستمتاع وعدمه، والقول الأول هو الصواب، وقول ابن بشير مرغوب عنه.

=

وقول ابن عبد السلام، ولم يرسمه ابن الحاجب؛ لأن حقيقته مشعور بها للعوام فضلًا عن الفقهاء؛ يرد بأن المشعور به لهم وقوعه من حيث صريح لفظه؛ أما حقيقته فلا ولا لبعض الفقهاء، وقبل المتيطي صرف الخطابي الكراهة في حديث: «أبغض

(فإن قلت): جرت عادة الشيخ ﷺ إذا كان في مثل ذلك خلاف يشير في رسمه إلى الرأيين، ويذكر فيه رسمين فيحده على رأي بكذا وعلى الآخر بكذا، وقد قدمنا له نظائر في صلاة الجمعة وغيرها، وهنا لم يفعل مثل ذلك مع أنك علمت من الخلاف ما ذكر.

(قُلتُ): لعله لما ضعف عنده القول الآخر، وهو قول ابن بشير لم يعتد به فلم يذكر له ما يخصه، وكان هذا يقع الجواب به هنا، ويقع الإقناع به حتى رأيت في رسم الرجعة أنه أشار في حدها إلى الرأيين كما سيأتي فتقوى عندي السؤال وضعف من السؤال الحال، والله أعلم بالمقال، والموفق في الأعمال.

(فإن قلت): قد قالوا إن الطلاق قد يكون مباحًا، وقد يكون مكروهًا، وأصله الإباحة فهل أطلقوا ذلك على الطلاق المحدود أو على التطليق.

(قُلتُ): الظاهر أنه الطلاق المحدود، وأسند إليه ذلك باعتبار التطليق الذي هو فعل المكلف الذي هو متعلق الإباحة وبقية الأحكام.

(فإن قلت): قد وقع في الحديث «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» فكيف يكون الحلال مبغوضًا، والبغض من الله بمعنى أنه نهى عنه، والمعنى المحال في حقه محال تقرره، ولكن فيه الكناية عن شدة الكراهة، وإذا تقرر ذلك فكيف يوصف بالحلية.

(قُلتُ): هذا سؤال معلوم قد أجاب عنه القرافي وغيره قال: وأصل السؤال أن أفعل التفضيل لا يضاف إلا إلى جنس الموصوف به فلا يقال زيد أفضل الحمير، وإذا كان البغض يرجع إلى الكراهة فكيف يقال الطلاق أكره الحلال، والحلال ما استوى طرفاه بخلاف المكروه، وأجاب بأن الحلال ما نفي فيه الحرج فيدخل فيه الواجب والمكروه؛ فيكون الطلاق من أشد المكروهات، وقد كان يمشي لنا أن هذا الكلام فيه بحث لا يخفى، وقرر الشيخ فهم الحديث بقوله ﷺ: محمل كونه أبغض أنه أقرب الحلال إلى البغض فنقيضه أبعد عن البغض؛ فيكون أحل من الطلاق كقول مالك: إلغاء البياض أحل هذا لفظه، وفيه تعقيد، وكان يمر لنا في فهمه أن خلاصة فهم الحديث أن عدم الطلاق أحل من الطلاق، ولا ينافي ذلك كون الطلاق مباحًا استوت فيه الطرفان؛ لأن معنى كونه أبغض أقرب الحلال إلى البغض؛ لأن الحلال فيه ما يكون قريبًا من البغض، وفيه ما يكون بعيدًا عن ذلك القريب، وإن كان الطرفان فيه مستويان في القدوم لكن ربما كان في أحد الطرفين ما يوجب القرب من المتشابه، وإذا تقرر أن أقرب الحلال إلى البغض الطلاق كان نقيض الطلاق، وهو عدم الطلاق أبعد عن البغض فيصدق ما ذكرناه أن عدم الطلاق أحل من الطلاق، وقد تقرر أن ثم حلالا وأحل، أصله ما قرره في قوله: وهو أحله هذا معناه، وللمازري: وغيره ما هو معلوم في ذلك، ونبهنا على ذلك هنا لتمام الفائدة بما قلناه والله سبحانه الموفق.

الحلال إلى الله الطلاق»[1] لسوء العشرة لا للطلاق لإباحة الله تعالى، وفعله رسول الله ﷺ.

قُلتُ: الأقرب كونه منه ﷺ كان لسبب رجحه، ومحمل كونه أبغض أنه أقرب الحلال إلى البغض فنقيضه أبعد عن البغض؛ فيكون أحل من الطلاق كقول مالك: إلغاء البياض أحل، والحديث خرجه أبو داود عن ابن عمر عن النبي ﷺ[2].

الخطابي: المشهور فيه عن محارب بن دثار مرسلا، وقال فيه عبد الحق: يروى مرسلا، وتعقب قوله ابن القطان: بأن إرساله مرة لا يضر في صحة إسناده وصححه.

اللخمي: إن كان الزوجان على أداء كل منهما حق صاحبه استحب البقاء، وكره الطلاق لحديث: **«أبغض الحلال»**[3]، وإن كانت الزوجة غير مؤدية حقه كان مباحًا، فإن كانت غير صينةٍ في نفسها استحب فراقها إلا أن تعلق بها نفسه لقوله ﷺ للذي قال: إن زوجته لا ترد يد لامس **«فارقها. قال: إني أحبها. قال: فأمسكها»**[4]، ولأنه لا

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2177) و (2178) في الطلاق، باب في كراهية الطلاق، وابن ماجه: رقم: (2018).

(2) تقدم تخريجه.

(3) تقدم تخريجه.

(4) أخرجه أبو داود: رقم (2049) في النكاح، باب النهي عن تزويج من يلد من النساء، والنسائي: (3229) في النكاح، باب تزويج الزانية، عن ابن عباس قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن عندي امرأة هي من أحب الناس إلي وهي لا تمنع يد لامس. قال: (طلقها). قال لا أصبر عنها. قال: (استمتع بها).

وقد اختلف العلماء في هذا الحديث، فمنهم من صححه، ومنهم من ضعفه، ومنهم من أنكره: فممن صححه: ابن حزم كما في «المحلى»: 12/ 243، والنووي كما في «التلخيص»: 3/452، وابن حجر كما في «التلخيص»: 3/452، والألباني في «صحيح أبي داود».

وممن ضعفه: النسائي حيث قال عقب روايته: «هذا الحديث ليس بثابت»، ونقل ابن القيم عنه في «روضة المحبين» أنه قال:«هذا الحديث منكر»، وكذلك الإمام أحمد، فنقل ابن الجوزي عنه في «الموضوعات»: 2/ 272، أنه قال: «هذا الحديث لا يثبت عن رسول الله ﷺ، ليس له أصل»، وكذا ضعفه شيخ الإسلام ابن تيمية، كما في «مجموع الفتاوى»: 32/ 116.

وقال ابن كثير رحمه الله: «وقد اختلف الناس في هذا الحديث: ما بين مضعفٍ له، كما تقدم عن النسائي،

ومنكر، كما قال الإمام أحمد: هو حديثٌ منكرٌ " انتهى من "تفسير ابن كثير": 6/ 10.

ولعل هذا هو أظهر القولين في الحديث: أنه ضعيف، لا يثبت عن النبي ﷺ، وبهذا حكم عليه وأعله الأئمة الكبار: أحمد، والنسائي، وأعله البيهقي أيضًا بالإرسال.

واختلف العلماء في معناه على تقدير القول بصحته.

قال الحافظ ابن حجر رحمه الله: " اختلف العلماء في معنى قوله: (لا ترد يد لامسٍ): فقيل: معناه: الفجور، وأنها لا تمتنع ممن يطلب منها الفاحشة، وبهذا قال أبو عبيدٍ، والخلال، والنسائي، وابن الأعرابي، والنووي.

وقيل: معناه التبذير، وأنها لا تمنع أحدًا طلب منها شيئًا من مال زوجها، وبهذا قال أحمد والأصمعي، ومحمد بن ناصرٍ، ونقله عن علماء الإسلام ابن الجوزي، وأنكر على من ذهب إلى الأول.

وقال بعض حذاق المتأخرين: قوله ﷺ له: أمسكها: معناه أمسكها عن الزنا أو عن التبذير، إما بمراقبتها، أو بالاحتفاظ على المال، أو بكثرة جماعها، وقيل: الظاهر أن قوله: لا ترد يد لامسٍ، أنها لا تمتنع ممن يمد يده ليتلذذ بلمسها، ولو كان كنى به عن الجماع لعد قاذفًا، أو أن زوجها فهم من حالها أنها لا تمتنع ممن أراد منها الفاحشة، لا أن ذلك وقع منها» انتهى ملخصًا.

«التلخيص الحبير»: 3/ 452-453، وينظر: «إعلام الموقعين»، لابن القيم: 4/-265- 266، وقال في «عون المعبود»: 6/ 32: «خاف النبي ﷺ إن أوجب عليه طلاقها أن تتوق نفسه إليها فيقع في الحرام» انتهى.

أما أن يكون المعنى أنها تزني فلا.

قال الإمام أحمد: «لم يكن النبي ﷺ ليأمره بإمساكها وهي تفجر» انتهى. «نيل الأوطار»: 6/ 172.

وقال شيخ الإسلام رحمه الله: «من الناس من يؤول «اللامس» بطالب المال؛ لكنه ضعيفٌ. لكن لفظ «اللامس» قد يراد به من مسها بيده، وإن لم يطأها؛ فإن من النساء من يكون فيها تبرجٌ، وإذا نظر إليها رجلٌ أو وضع يده عليها: لم تنفر عنه، ولا تمكنه من وطئها. ومثل هذه نكاحها مكروهٌ؛ ولهذا أمره بفراقها، ولم يوجب ذلك عليه؛ لما ذكر أنه يحبها؛ فإن هذه لم تزن، ولكنها مذنبةٌ ببعض المقدمات؛ ولهذا قال: لا ترد يد لامسٍ: فجعل اللمس باليد فقط، ولفظ: «اللمس والملامسة» إذا عني بهما الجماع، لا يخص باليد؛ بل إذا قرن باليد فهو كقوله تعالى: ﴿وَلَوْ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ كِتَٰبًا فِى قِرْطَاسٍ فَلَمَسُوهُ بِأَيْدِيهِمْ﴾» انتهى.

«مجموع الفتاوى»: 32/ 116، وينظر: «روضة المحبين»، لابن القيم، ص: 129.

وقال الصنعاني رحمه الله: «القول بأن معناه الفجور في غايةٍ من البعد بل لا يصح لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 3]، ولأنه ﷺ لا يأمر الرجل أن يكون ديوثًا... فالأقرب المراد أنها سهلة الأخلاق، ليس فيها نفورٌ وحشمةٌ عن الأجانب، لا أنها تأتي الفاحشة، وكثيرٌ من النساء والرجال بهذه المثابة، مع البعد من الفاحشة، ولو أراد به أنها لا تمنع نفسها عن الوقاع من الأجانب: «لكان قاذفًا لها» انتهى باختصار من «سبل السلام»: 2/ 284.

يأمن أن تلحق به غير ولده.

قُلتُ: خرج الحديث النسائي، وصححه عبد الحق، ولم يتعقبه ابن القطان، ورجاله ثقات.

قال عبد الحق: ذكر القاضي ابن صخر في فوائده عن الأصمعي قال: إنما كنى عن بذلها الطعام، وما يدخله عليها لا غير.

قُلتُ: ذكره النسائي في ترجمة نكاح الزانية.

اللخمي: وإن فسد ما بينهما، ولا يكاد يسلم دينه معها وجب الفراق، وزاد ابن بشير: حرمته، وهو إذا خيف من وقوعه ارتكاب كبيرة مثل أن يكون لأحدهما بالآخر علاقة إن فارقها خاف ارتكاب الزنا، وقال يكون مندوبا إليه إن وقع من الكراهة ما لا تحسن الصحبة به، ولم يؤد لتضييع الحدود، وتقدم للخمي كون هذا مباحًا.

قال ابن بشير: ويكون مباحًا إن خاف فساد الزوجة وأمكنه الفراق، ولم تتشوف نفسه إليها، وتقدم للخمي كون هذا مندوبا إليه.

[باب طلاق الخلع]

وهو نوعان: بعوض منها أو من غيرها ودونه، فالأول سماه كثير خلعًا.

وفيها: ما الخلع وما المبارأة وما الفدية[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشيخ رحمه الله بعد أن قسم الطلاق إلى نوعين بعوض منها أو من غيرها ودونه الأول، وهو الذي عبرنا عنه بقولنا ما كان بعوض سماه كثير خلعًا.

(قُلتُ): ظاهره أن ذلك رسم له، وأن طلاق الخلع ما كان بعوض، وقد وقع لبعض الشيوخ من تلامذته أنه عرفه بقوله: (عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض)، وهذا صواب جار على قاعدة الشيخ في رسم العقود.

(فإن قلت): حد الشيخ الطلاق الأعم من طلاق الخلع، وغيره فطلاق الخلع صنف أو نوع من الطلاق المحدود؛ فالصواب أن يقال في رسمه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض على التطليق.

(قُلتُ): يظهر أن ذلك أنسب إلا أن طلاق الخلع يطلق على معنيين على المعنى الناشئ عن العقد، وعلى العقد فصح حده على المعنيين، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

=

قال: قال مالك: المبارئة التي تبارئ زوجها قبل البناء تقول خذ الذي لك وتاركني، والمختلعة التي تختلع من كل الذي لها، والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وكله سواء، وروى محمد بن يحيى: المبارئة التي لا تأخذ ولا تعطي.

قُلتُ: هذا يتناول أكثر صور الطلاق الرجعي، وروى المختلعة التي تعطي ما أعطاها وزيادة عليه، والمفتدية التي تعطي بعض ما أعطاها، وكذا المصالحة، ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم: أن المفتدية التي تترك كل ما أعطاها، وقال أبو عمر: الخلع والصلح والفدية سواء، وهي أسماء مختلفة ومعان متفقة، ومنهم من قال: الخلع أخذ الكل، والصلح أخذ البعض، والفدية أخذ الأكثر والأقل.

ابن محرز: الخلع معاوضة لا عطية؛ لأنها لو ماتت أخذ العوض من تركتها، ووقع لمحمد إن أحال الزوج عليها من له عليه دين فمات فللمحال الرجوع على الزوج بدينه، وذكر المتيطي الأول، وقال: هو المشهور وما في الموازيَّة خلافه.

ابن زرقون: قال ابن القصار مكروه؛ لأنه يبين المدخول بها.

اللخمي: إن كان الضرر منها فقط أو لا ضرر منهما جاز أخذه منها على طلاقها أو إبقائها، وإن كان منه فقط جاز على إبقائها على طلاقها، وإن كان منهما فهي مسألة الحكمين.

الباجي: إن كان الضرر منهما فقال بعض القرويين: لا يجوز أن يأخذ منها شيئًا،

(فإن قلت): قد يطلقون الخلع على غير طلاق الخلع.
قال فيها: ما الخلع، وما المباراة وما الفدية.
قال: قال مالك: المباراة التي تباري زوجها قبل البناء، والمختلعة التي تختلع من كل الذي لها، والمفتدية التي تعطي بعض الذي لها.
قال: وكله سواء.
(قُلتُ): هذا اصطلاح، وفيه اضطراب في النقل والتفسير في مدلول ألفاظه، وروى محمد بن يحيى المباراة التي لا تأخذ، ولا تعطي.
قال الشيخ: وهذا يصدق على أكثر صور الطلاق الرجعي انظره، والتحرير هو ما أشار إليه أبو عمر بن عبد البر من أنها أسماء متفقة في المعنى.

وهو نص من تقدم من علمائنا، ويجوز بحكم الحكمين، وعندي إذا جاز في الحكمين فهو باتفاقهما أولى.

ابن حارث: اتفقوا في الحكمين فهو باتفاقهما أولى.

ابن حارث: قال اتفقوا إن خالعها أو صالحها أنها واحدة بائنة، ولو شرطت أنها رجعية فروايتان للأكثر، والقاضي مع الباجي عن ابن وَهْب. قال: وأخذ بها سَحنون فخرجهما اللخمي على أن البينونة شرع أو باختيار الزوجين.

ويتقرر بالفعل دون قول: لنقل الباجي رواية ابن وَهْب من ندم على نكاحه امرأة فقال أهلها نرد لك ما أخذنا وترد لنا أختنا، ولم يكن طلاق ولا كلمة فهي تطليقة، وسماع ابن القاسم: إن قصد الصلح على إن أخذ متاعه وسلم لها متاعها فهو خلع لازم ولو لم يقل أنت طالق، وفي أنت طالق طلاق الخلع ثلاث رجعية وبائنة وثلاث، للخمي عن مُطَرِّف مع أشهب، وابن عبد الحَكم، وابن القاسم مع مالك وابن الماجِشُون.

وفيها لمالك: من قال أخالعك على أن أعطيك مائة دينار فقبلتها فهي طلقة بائنة، وكذا لو لم يعطها. قال غيره عنه طلاق، والمطلق طلاق الخلع هو البتة؛ لأنه لا تكون واحدة بائنة إلا بخلع، فصار كمن قال لزوجته التي بنى بها: أنت طالق طلاق الخلع، وروى ابن وَهْب وابن القاسم فيمن طلق امرأته وأعطاها هي طلقة رجعية، وروى غيره عنه أنها بائنة وأكثر الرواة أنها رجعية.

قُلتُ: يجب عود ضمير فاعل صار على من قال أخالعك، وإلا كان تشبيه الشيء بنفسه.

عياض: وهم أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره نقل اختلاف الرواة فيمن طلق وأعطى، وقالوا إنما وقعت المسألة في موطأ ابن وَهْب والأسدية والموازيَّة فيمن صالح وأعطى أو خالع وأعطى لا من طلق وأعطى، ورواية ابن القاسم فيمن طلق وأعطى غير مخالفة لروايته فيمن خالع على إن أعطى مائة أنها بائن، وترجح أبو عمران في احتمالها الخلاف والوفاق، وفي الموازيَّة فيمن طلق وأعطى غير مخالفة لرواية إن جرى الأمر بينهما بمعنى الخلع والصلح فهي بائنة وإلا فرجعية.

قال بعض شيوخنا: والخلاف في مسألة من طلق طلاق الخلع إنما هو بعد البناء،

ولا يختلف فيها قبل البناء أنها واحدة، وتعليله يبينه.

وقول ابن عبد السلام في مسألة المدَوَّنة فيمن طلق وأعطى نسب غير واحد رواية ابن وَهْب فيها إلى الوهم، يرد بأن الوهم المذكور إنما هو في ذكر اختلاف الرواة فيها بأنها بائنة، ورواية ابن وَهْب فيها أنها رجعية، وهي موافقة للأصول، ورواية ابن القاسم.

الباجي: إن صالحها على عطية منه لها جهلًا، وظن أنه وجه الصلح، فروى ابن وَهْب أنها طلقة رجعية، ثم رجع فقال: هو خلع، وقاله ابن القاسم في المدَوَّنة، وعزا ابن حبيب القول: بأنها البتة في أنت طالق طلاق الخلع لابن الماجِشُون وقال به، والقول بأنها رجعية لمُطَرِّف، وزاد اللخمي: ولأشهب وابن عبد الحَكم وأخذه منها مالًا على أن لا رجعة، في كونه خلعًا بالأولى أو بأخرى، ثالثها: إن ارتجع رد المال وإلا فلا، لابن وَهْب، وابن القاسم مع مالك، وأشهب.

وفيها: شرطه في خلعها إن طلبته عادت زوجة باطل في الموازيَّة إن ظنا صحته فطلبته فعادت ووطئها فارقها، وإنما لها بإصابته ما رده كان أكثر من مهر مثلها أو أقل، الصقلي عن بعضهم: إن قصر المردود عن ربع دينار أتمه، في الموازيَّة لو صالحها ثانية بعد حملها منه بطل ورد لها خلعها.

[باب المطلق بالخلع]

[المطلق بالخلع من صح طلاقه] (1)

ابن فتوح وابن فتحون: يجوز للأب ووصيه والسلطان وخليفته المبارأة عن الصغير بشيء يسقط عنه أو يؤخذ له لا على غير ذلك، وكذا السيد في عبده الصغير.

قُلتُ: هذا خلاف قول اللخمي يجوز أن يطلق على السفيه البالغ والصغير دون شيء يؤخذ له قد يكون بقاء العصمة فسادًا لأمر جهل قبل نكاحه، أو حدث بعده من

(1) قال الرَّصاع: (قُلتُ): هذا فيه إحالة على من يصح طلاقه من مالك نفسه أو من أب أو وصي أو سلطان وخليفة وهذا قريب، ولا يجوز الطلاق بالخلع من الولد الصغير؛ لأنه لا يجوز طلاقه والسيد عن عبده البالغ فيه خلاف، وهذه مسائل مختلف فيها، ومتفق عليها، ورسمه فيه بحث.

كون الزوجة غير محمودة الطريق أو متلفة ماله.

وفيها لمالك: لما جاز للأب والوصي إنكاح الصغير المرأة الموسرة رغبة له، فكذا يطلقان عليه بالمال، ثم قال: لا يجوز أن يطلق على ابنه الصغير إنما يجوز أن يصالح عنه، ولم يجز طلاقه؛ لأنه ليس موضع نظر في أخذ شيء له إنما الطلاق بالمعنى الذي دخل منه النكاح المغبطة فيما يصير إليه، ولا يطلق السيد على عبده الصغير إلا بخلع يأخذه.

وروى ابن نافع فيمن زوج وصيفه وصيفته قبل البلوغ تفرقته بينهما على وجه النظر، والاجتهاد قبل بلوغهما جائز، وقال ابن نافع: لا يجوز إلا على وجه الخلع.

ابن رُشْد: ذو عقد حرية على عدم جبره على النكاح لا يخالع عنه، وعلى جبره في الخلع عنه قولان، وفي خلع الولي عن سفيهه البالغ بغير أمره سماع ابن القاسم في الجنايات مع ابن رُشْد عن دليل نكاحها الأول، وابن حبيب وابن الماجِشُون مع قولها في إرخاء الستور، وجعل ابن الحاجب الأول المشهور، وعكسه ابن فتحون، وبأمره جائزة ماضية.

وفي السيد عن عبده البالغ نقلا ابن بشير، وجعله الأول المشهور خلاف ظاهرها، وقول ابن فتحون: العبد البالغ كالسفيه، وقول ابن شاس اختلف في صحة خلع السفيه لا أعرفه. قال: وعلى صحته لا يبرأ المختلع بتسليم المال إليه؛ بل إلى الولي، وقال اللخمي: إن كانت رشيدة والزوج سفيه مضى الخلع؛ لأن الطلاق لا يرد، وإن كان في الخلع غبن كمل له خلع المثل.

قُلتُ: فيجب صرف الخلاف الذي نقله ابن شاس لتكميل خلع المثل لامتناع رفع الطلاق، وتفسير ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب مجمل، وظاهر كلام الموثقين براءة المختلع برفع الخلع للسفيه دون وليه. قال ابن فتحون والمتيطي: لا يفتقر المبارئ للوصي؛ لأن الطلاق إنما هو للسفيه بخلعه يأخذ منها أو يسقط دينا عليه فلا إذن للوصي في ذلك.

قُلتُ: لأنه عوض عن غير متمول السفيه مستقلٌ به فصار كهبة خلع المريض تام، وفي إرثها إياه المنصوص، وتخريج اللخمي من قول المغيرة: من حلف ليقضين فلانًا حقه فحنث في مرضه بمال طرأ له لم يعلم به حتى مات لم ترثه، ونفي التهمة في خلع

المريض أبين مع تخريج بعضهم من نقل الباجي رواية زياد ابن جعفر في طلاقه بحنث في مرضه من سببها كمن حلف في صحته بطلاقها إن دخلت الدار فدخلتها في مرضه قصدا للطلاق أنها لا ترثه، ومن رواية زياد في المملكة في المرض أنها لا ترثه، وعلى الأول قال محمد وأبو عمران: ترث. مما أعطته، كذا نقله الصقلي وعبد الحق في تهذيبه، ونقل ابن عبد السلام عن أبي عمران عن مالك أنها لا ترث منه؛ لا أعرفه.

[illegible] الخلع

الخلع من صح معروفه لأن عوضه غير مالي، والمذهب صحته من غير الزوجة مستقلًا.

قُلتُ: ما لم يظهر قصد ضررها بإسقاط نفقة العدة فينبغي رده كشراء دين العدو.

وفيها: من قال لرجل طلق امرأتك ولك علي ألف درهم ففعل لزم ذلك الرجل، والرشيدة، ولو كانت ذات أب مستقلة والتوكيل منه أو منها عليه جائز لازم ما وقع به، ويلزم وكيلها دفع العوض إلا أن يشترطه عليها كالبيع.

وفيها: إن وكل بصلحه رجلين فخالعها أحدهما لم يجز إلا بهما كالبيع لا

قال الرَّصاع: قوله: (من صح معروفه) أخرج به من لا يصح معروفه من صبي أو محجور عليه في ماله ويصح من غير الزوج.

(فإن قلت): لما ذكر هذا الرسم قال بعده: لأن عوضه غير مالي فما مناسبته.

(قُلتُ): مناسبته إنه صيره معروفًا فاشترط فيه ما يشترط في المعروف فلذلك ذكر العلة المذكورة.

(فإن قلت): كيف ذلك وهم يقولون الخلع كالبيع.

(قُلتُ): فيه شائبة المعروف، والله أعلم.

(فإن قلت): ظاهره أنه يصح من الأجنبي، ولو قصد الضرر.

(قُلتُ): قيدوه بما إذا لم يقصد ضررًا كشراء العدو الدين، ويخرج من ذلك اختلاع الأمة وأم الولد بلا إذن من السيد والمأذون لها في التجر.

قال ابن محرز: لا يجوز لها الخلع؛ لأنه لم يؤذن لها فيه وفيه بحث انظره، وأما الصبية التي لم تبلغ فوقع في سماع يحيى أن خلعها ماض والمعروف رد المال، ولا يرد ذلك على الحد؛ لأنه قصد المشهور فيما يظهر، وتأمل خلع الأب عن ابنته الصغيرة، وما فيه وكذلك خلع الصبي، وهل يجري عليها الحد كخلع المريض وغيره؟ والله سبحانه الموفق.

كرسولي طلاق.

ابن رُشْد: لو صالح عنها أجنبي دون إذنها ففي ضمانه العوض، وإن لم يشترطه أو بشرطه قولان لأَصْبَغ في نوازله كالواضحة مع ابن حبيب وصلح المدَوَّنة، وظاهر قول ابن القاسم مع روايته في إرخاء الستور منها مع سماعه يحيى، ولابن رُشْد في نوازل أَصْبَغ في التخيير، وثالثها: لابن دينار: إن كان ابنًا أو أبًا أو أخًا ضمن.

وفيها: لا تختلع أمة ولا أم ولد إلا بإذن السيد، فإن فعلا دونه فله رده، ولا تتبع به الأمة إن عتقت، ولزم الزوج الخلع.

اللخمي: وكذا المدبرة، ومرض السيد في الأمة كصحته، وفي المدبرة وأم الولد على منع السيد انتزاع مالهما فيه، يوقف الخلع لصحته؛ فيكون له رده أو موته فيمضي.

وفيها: يجوز للمكاتبة بإذن السيد، فقيده سَحنون باليسير التافه.

اللخمي: إن وقع دون إذنه وقف المال إن لم يضر بيعها، إن أدت نفذ للزوج، وإن عجزت رد، وإن أسقط سعيها رد لها، وليس للسيد إسقاطه على قول أشهب، وهو أحسن إن أدت أخذ منها الزوج، وإن عجزت تبعها به متى عتقت؛ لأنها قضت به دينها، وإن كانت معتقة إلى أجل. انتهى.

ولم يذكر لها جوابًا، والأظهر أنها كأم الولد وقرب أجلها كمرض السيد وقاله ابن بشير.

ابن شاس: إذن السيد للأمة في الخلع لا يوجب ضمانه، وبه يجب تفسير قول ابن الحاجب لا يضمنه السيد لمجرد الإذن، وقال ابن عبد السلام: معناه أن إذن السيد لها في التجر لا يستلزم الإذن في الخلع لعدم منفعة السيد به، وفي الإشراف المأذون لها في التجر يمضي خلعها إن وقع، فكأنه رأى فيه منفعة لها ولسيدها.

قُلتُ: تفسيره بما ذكر يرد ببعده عن لفظ ابن الحاجب، وللشيوخ فيها مقالات الأولى ما ذكره عن الإشراف، وقال ابن فتحون والمتيطي ما نصه: إن اختلعت أمة نفذ الخلع، وللسيد رد ما أعطته إلا أن تكون مأذونة فينفذ خلعها إن كان خلع مثلها وكان حظا لها وخلعها في مالها لا في رقبتها ولا في مال سيدها، وقال ابن محرز: لا يجوز خلع المأذون لها في التجر دون إذن سيدها؛ لأنه دفع مال بغير عوض، ولم يختلف فيه لقوة

حق السيد كالمكاتبة، ولم يحك ابن رُشْد غيره.

ولغرماء المدينة رد خلعها، والفرق بينه وبين النكاح؛ لأنه لا تمس الحاجة إليه فكأنهم عاملوه عليه.

وفي كتاب الصلح منها: ليس للمدين الصلح عن دم عمد بأموال الغرماء، وفي غير المدَوَّنة إن وقع مضى، فعلى هذا يمضي الخلع إن وقع، وكأنهم عاملوها على التصرف في مالها بما يجلب لها نفعًا أو يدفع ضررًا ولو كان نادرًا.

قُلتُ: مفهوم قوله أولا منعه ابتداء، ومقتضى تعليله جوازه.

ابن رُشْد: في جواز مخالعة المدينة دون إذن غرمائها قولان.

وسمع يحيى ابن القاسم إن صالحت الصبية التي توطأ، ولم تبلغ المحيض بمال دفعته للزوج جاز ووقعت الفرقة، وكان له ما أعطته.

ابن رُشْد: مثله روى ابن نافع وزاد إن أعطته مالًا يختلع به مثلها رد جميعه ونفذ طلاقها، وقال أبو بكر بن محمد: معروف قول أصحابنا رد المال وإمضاء الخلع، وقاله ابن الماجِشُون في الواضحة: ولا خلاف فيه إن كان ما خالعت به ليس خلع مثلها، إنما الخلاف في خلع مثلها، فالقول بنفوذه؛ لأنه وقع على وجه نظر لو دعي له الوصي ابتداء فعله، والأول المشهور، وفي العتبيَّة عقبها قال سَحنون: إن كرهت اليتيمة البالغة البكر زوجها فافتدت منه قبل البناء بها أخذ منها أو حطته عنه جاز ولزمها.

ابن رُشْد: هذا معلوم قول سَحنون أن البكر التي لم يول عليها بأب أو وصي أفعالها جائزة إن بلغت المحيض، وقاله غير ابن القاسم في ثاني نكاح المدَوَّنة ورواه زياد.

قُلتُ: زاد الصقلي قال في كتاب ابنه: من لم يجزه لم أعنفه، أَصْبَغ: لا يجوز ما بارأته به الصغيرة أو السفيهة، وكذا بعد موت أبيها قبل البناء، ويمضي الطلاق، ويرد ما أخذه الزوج، ولو أخذ حميلًا بما يدركه في نصف المهر الذي با رأته به غرمه، ورجع به على الحميل.

قُلتُ: قال ابن فتحون: إن أخذ حميلًا بما التزمت له أو أسقطته، ثم ثبت كونها في ولاية رجع الزوج بما يغرمه على الحميل، وقال المتيطي في أقضية فضل عن ابن

الماجِشُون: إن لم يعلم الزوج سفهها رجع على الحميل، وإن لم يعلم بذلك؛ لأنه دخل فيما لو شاء كشفه، وإن علم الزوج ذلك فلا سبيل له إلى الحميل.

قُلتُ: ظاهر قول ابن رُشْد؛ لأنه وقع على وجه النظر، ولو دعي له الوصي ابتداء فعله مع قوله، وعلى هذا يختلفون في الصبي يبيع أو يبتاع أو يفعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج على عوض، ولا يقصد به معروف، وهو سداد ونظر، فلا ينظر فيه الأب ولا الوصي حتى يكون غير سداد بنماء أو حوالة سوق بزيادة فيما باعه أو نقص فيما ابتاعه.

قيل: لا ينقض اعتبارًا بحاله يوم وقع وعليه سماع يحيى ورواية ابن نافع في المدنيَّة، وقول أَصْبَغ في الخمسة، وقيل: ينقض اعتبارًا لحاله يوم النظر، وعليه القول برد المال، وإمضاء الخلع، أن الخلاف في خلع الصبية، ولو كانت ذات أب أو وصي، وظاهر قول اللخمي: اختلف في خلع الصغيرة، إذا لم تكن في ولاية فأجازه ابن القاسم في العتبيَّة ومنعه أَصْبَغ.

ابن الجلاب: إنما هو إذا لم تكن في ولاية أب أو وصي، وأجرى قول سَحنون على ما ذكر ابن رُشْد، وزاد أو على قول أشهب في السفيه أفعاله على الجواز ما لم يحجر عليه. قال: وعلى أن أفعاله مردودة يرد الخلع إلا أن يكون بحيث لو رفع للحاكم رآه حسنا، ويختلف في خلع السفيهة الثيب إذا لم تكن في ولاء قياسًا على بيعها وشرائها، وأرى أن ينظر في حال الزوجين في الجميع، فإن كان بقاء الزوجة أحسن لها رد المال ومضى الطلاق، وإن كان الفراق أحسن أمضيا.

وفيها: للأب أن يخالع على ابنته الصغيرة بإسقاط كل المهر، وإن خالع عنها به بعد البناء قبل بلوغها جاز عليها، وله أن يزوجها قبل بلوغها كالبكر.

اللخمي: إن كانت ثيبًا تأيمت قبل البلوغ، ثم بلغت فقيل: يجبرها على النكاح، فعليه له أن يخالع عنها، وقيل: لا يجبرها ولا يخالع عنها.

وفي خلع الوصي عن يتيمته دون إذنها، ثالثها: إن لم تبلغ، للخمي عن رواية ابن نافع: لا بأس أن يبارئ الوصي عن يتيمته، وإن زوجها أبوها قبل إيصائه إليه مع قول أَصْبَغ: إن خالع عمن في ولايته بأقل من نصف المهر قبل البناء على النظر لفساد وقع أو ضرر؛ جاز، ولروايتها، ولعيسى عن رجوع ابن القاسم إلى جواز مبارأة الوصي

والسلطان على الصغيرة إن كان حسن نظر، وهو أحسن، وعلى الثاني المشهور.

قال ابن فتحون والمتيطي: للمحجورة أن تخالع بإذن أبيها أو وصيها وتقول بعد إذنه لما رآه من الغبطة، وفي اختصار الواضحة قال فضل: قال ابن القاسم في المدَوَّنة: يجوز مبارأة الوصي عن البكر برضاها.

قُلتُ: فالأرجح عقده على الوصي برضاها لا عليها بإذنه خلاف قصره بعضهم عليها بإذن الوصي اتباعًا منه للفظ الموثقين، وأظنه لعدم ذكره قول ابن القاسم فيها وعليه لو بارأ غير الأب عن البكر.

قال في اختصار الواضحة: الطلاق نافذ، ويرجع الزوج بما يرده للزوجة على من بارأه عنها، وإن لم يشترط ضمانه؛ لأنه المتولي وضعه عنه.

وفي خلع الأب عن ابنته الثيب في حجره كالبكر، ووقفه على إذنها اختيار المتيطي مع نقله عن ابن أبي زَمَنَيْن قائلًا: عليه جرت فتوى شيوخنا وفقهائنا واختيار اللخمي وقول ابن العطار مع ابن الهندي وغيرهما من الموثقين، وافتتح المتيطي الكلام على المسألة بقول مالك فيها: إن خالع عن ابنته الثيب البالغ بعد البناء على إن ضمن للزوج المهر فلم ترض الابنة بطلب الأب أخذت به الزوج، ورجع به على الأب.

قال ابن أبي زَمَنَيْن: لم يبين هل هي في ولاية أبيها، ثم ذكر ما تقدم عنه، وفي جعلهما إياها من مسألة خلع الأب عنها نظر؛ لأن حاصلها خلعه على ضمانه المهر، وضمانه التزام لغرمه الملزوم لبقائه لا لإسقاطه، والمختلف فيه خلعه على إسقاطه، وهي التي أشار إليها ابن رُشْد في ضمان من صالح عن أجنبية دون إذنها من سماع يحيى حسبما مر في قول ابن عبد السلام الأقرب في النظير إن خشي على مالها صح خلعه عنها، وإن خشي على غير ذلك من سوء عشرة، ونحوها لم يجز؛ لأن النظر في المال من حق الأب.

وفي حقوق الزوجة من حق المرأة، ولو كانت سفيهة على الصحيح نظر؛ لأن خلع من هذه صفته لا يحل له فلا يجوز؛ لأنه إعانة على أكل المال بالباطل، ولأن صون المال عنه متيسر؛ لأن من هذه صفته لاحق له إلا في المتعة بنفس الزوجة.

وسمع يحيى رواية ابن القاسم في التخيير من صالح امرأته في مرضها على دار أو أرض يقبضها، وذلك قدر ميراثه يوم صالح جاز، فإن هلك بقية مالها فلا رجوع

لورثتها عليه؛ لأنه في ضمانه، ولا حجة لهم في عين ما أخذ كبيعها إياه.

ابن رُشْد: روى ابن وَهْب جواز خلع المريضة بخلع مثلها، وظاهر رواية الموازيَّة معها عدم جوازه مطلقًا، وثالثها: يجوز إن كان قدر ميراثه.

وفي كونه يوم الخلع أو الموت قولا ابن القاسم في هذا السماع مع ظاهر قوله فيها، وأَصْبَغ مع ابن نافع فيها، فعلى الأول يتعجله وعلى الثاني إن كان معينًا وقف لا تتصرف فيه إلا أن تحتاج لاستنفاقه إن صحت أخذه، وثمنه إن استنفقته، وإن تلف ضمنه، وإن ماتت أخذه أو ما أدرك منه إن فات باستنفاق أو غيره إن كان قدر إرثه، وإن كان أكثر فلا شيء له منه، ولا إرث بحال، وإن كان شائعًا، وهي غنية لم يوقف عنها شيء من مالها، ولها النفقة منه كالمريض في مرضه إن صحت مضى ذلك عليها، وإن ماتت نظر فيه كما تقدم.

وقوله: (لا حجة لهم في عين ما أخذ كبيعها) خلاف حكاية سَحنون عن بعض أهل العلم لا يجوز لمريض بيع أغبط ماله من بعض ورثته، وإن لم يحاب في ثمنه.

قُلتُ: ونقل اللخمي عن القاضي له ما خالعها عليه إن حمله ثلثها؛ لأن طلاقه بطوعه صيره أجنبيًا فصح له خلعها كعطية مريض؛ رابعٌ، ولم يفصل في وقف الخلع بين كونه معينًا أو شائعًا، وقال: اختلف في وقف الخلع فقال ابن نافع: يوقف، وقاله أَصْبَغ في الموازيَّة. قال: ولا يمكن منه إن صحت أخذه، وإن ماتت كان له منه قدر إرثه، وقال في كتاب طلاق السنة: يترك في يدها لا تمنع من بيع، ولا شراء، ولا نفقة بالمعروف.

قُلتُ: قوله: (إن ماتت كان له منه قدر إرثه) ظاهر في أنه إن كان أكثر من إرثه أخذ منه قدره خلاف ما تقدم لابن رُشْد إن كان أكثر فلا شيء له منه، ولا إرث بحال، وفي اختصار الواضحة مثل نقل اللخمي قال: وأرى إن كان الخلع عينًا أن لا يوقف، وإن كان عبدًا أو دارًا وقف ومنعت من التصرف فيه إن صحت أخذه، وإن ماتت خير الورثة في إجازته له ورده ميراثًا، ويكون على حقه في الإرث على الوفاء شائعًا، ولو كانت قيمة ما خالع به عليه أقل من قدر إرثه؛ لأنه لم يترك فضلة إلا لغرضه في عين الخلع.

وفيها لمالك: إن اختلعت في مرضها وصحته بكل مالها لم يجز، ولا يرثها.

ابن القاسم: إن اختلعت على أكثر من ميراثه لم يجز، وعلى مثل إرثه منها فأقل جاز، ولا يتوارثان، وقال ابن نافع مثله.

عياض: في كون قول ابن القاسم تفسيرًا أو خلافًا قولا الأكثر، والأقل مع محمد.

اللخمي عن محمد: إن أوصت بوصيَّة لم تتعلق بخلعها؛ فتخرج من الباقي من متروكها بعد عزل الخلع منه، ويضم الخلع للباقي بعد الوصايا، فيعتبر قدر إرثه منه إن كانت الوصيَّة بجزء ثلث أو ربع، وإن كانت بدار أو عبد فلم يحمله الثلث جرت على القولين من قال: تدخل الوصايا فيما لم يعلم به لم يعزل الخلع، وقال ابن محرز في تعلق وصيتها بالخلع قولان، وصوب الثاني بأنه غير معلوم لها؛ لأنه عوض أو بتل هبة، واتفق قول ابن القاسم على أن هبة البتل مقدمة على الوصايا، وتسوية أشهب بينهما مرغوب عنها.

عبد الحق: إن بان بعد موتها حدوث مال لها بعد صلحها لم تعلمه، فعلى اعتبار إرثه يوم الخلع لم يعتبر منه، وعلى اعتباره يوم الموت اعتبر به ولو كوصية.

وسمع عيسى ابن القاسم في التخيير: إن أقامت من صالحت على رضاع ولدها، وإعطاء مال شهادة امرأتين أنها صالحت عن ضرورة؛ حلفت وأخذت ما أعطت، ورضاع ولدها.

ابن رُشْد: يجوز فيه شهادة النساء؛ لأنه مال، والطلاق وقع بغير شهادتهن، وإن شهد بالضرر شاهدان أو شاهد وامرأتان رد لها مالها بغير يمين، ويجوز فيه شاهدان على السماع دون يمين. قاله في سماع أَصْبَغ في الشهادات، وأكثر من ذلك أحب إليه.

ابن الماجِشُون: لا يجوز في السماع أقل من أربعة.

قُلتُ: شهادة بت العلم بضرر الزوج زوجته عاملة. قاله الباجي، وغيره عن المذهب.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قُلتُ: في سماع أَصْبَغ ابن القاسم في الشهادات إنما يجوز فيه على السماع.

قلت له: فإن شهد واحد على البت.

قال: كيف يعرف ذلك؟

قُلتُ: يقول سمعت واستبان لي.

قال: إن كان هذا يكون؛ فعسى وانظر فيه.

أَصْبَغ: هو عندي جائز.

المتيطي: استحسن الشيوخ العمل بقوله، وشهادة السماع به، وبالرضاع في قبولها، ولو من لفيف الناس والجيران، ثالثها: بقيد كون السماع من الثقات، ورابعها: إلا الرضاع يجوز فيه من لفيف القرية والأهل والجيران، وإن لم يكونوا عدولًا، وخامسها لا يجوز في ضرب الزوج سماع النساء إلا مع رجال، للمتيطي عن ابن القاسم مع المشهور المعمول به، ولابن رُشْد في نوازل سَحنون من الشهادات عن ابن القاسم: لا يجوز في غير النكاح والنسب والموت وولاية القضاة، والمتيطي عن ظاهر قول ابن القاسم في الموازيَّة وحسين بن عاصم عنه وسماع ابن وَهْب، وعلى المشهور في رجوع المرأة بخلعها بشهادة رجلين بالسماع دون يمين سماع أَصْبَغ ابن القاسم قول ابن رُشْد، هذا خلاف أصله في أن السماع لا يثبت به نسب، ولا ولاء، إنما يستحق به المال مع يمينه مع أخذه من قول أَصْبَغ إن لم يكن مع شاهد البت غيره حلفت معه، ولو كان معه سماع منتشر، وإن كان غير قاطع رد له خلعها، فلو انفردت عنده شهادة السماع لم يستحق بها دون يمين.

ولو رد الخلع للضرر، وكان بحميل ففي رجوع الزوج على الحميل قولا ابن العطار وابن الفخار مع غيره.

عبد الحق: اختلف فيه شيوخنا، ولم يذكروا هل علم الحميل بالضرر أم لا؟ وقد تجري على قولي ابن القاسم وغيره في سقوط الحمالة، وثبوتها في البيع الفاسد.

وسمع عيسى ابن القاسم: من نشزت،وقالت: لا أصلي، ولا أصوم، ولا أغتسل من جنابة لم يجبر على فراقها، وله فراقها ويحل له ما افتدت به.

ابن رُشْد: لم يجبر على فراقها وله فراقها، ويحل له ما افتدت به.

ابن رُشْد: لم يجبر على فراقها؛ لأنها ليست مرتدة بذلك على الصحيح من الأقوال فله تأديبها على ذلك، فإن افتدت لترك تأديبها على ذلك حل له إن لم يؤدبها.

وسمع ابن القاسم: من اطلع على زنا امرأته لم ينبغ له مضارتها لتفتدي منه، ولا

يصلح له.

ابن رُشْد: هذا قول مالك وأصحابه اتفاقًا، وتمسك المخالف بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾ [النساء: 19] رد بأن الفاحشة المبينة أن تبدوا عليه وتشتمه وتخالف أمره؛ لأن كل فاحشة أتت في القرآن منعوتة بمبينة هي من جهة النطق، وكل فاحشة أتت مطلقة فهي الزنا.

وفيها: يجوز أن يأخذ منها على إمساكها أو يعطيها على أن تقيم على الأثرة عليها في نفسه وماله ولا يأثم بعد ذلك، وتقدم في القسم ولو دون أخذها شيئًا، ولها الرجوع متى شاءت، وفي فصل هبة المرأة مهرها للزوج حكم نقض ذلك بالقرب.

وملزومية الخلع: العوض من الجانبين امتنع في فقد العصمة لا في ملكها الزوجة، فيمتنع في البائنة والمرتدة والملاعنة كأجنبية لا في المخيرة؛ لأنه منها رد محمد وابن سَحنون عنه إن خالع أبو مفقودة زوجها، ثم طلب رد المال لاحتمال موتها قبل الخلع؛ وقف إن عمي أمرها لما لا تحيى له رد للزوج، فإن بان موتها قبل الخلع رد للأب وورثها الزوج، وإن مات قبل ذلك كشف لم يوقف لها من ميراثه شيء؛ لأنها مخالعة أو ميتة.

محمد: لا ينزع المال من الزوج إلا ببينة بموتها قبل الطلاق، إذ لو كانت رابعة ما منع نكاح غيرها، وقبله الشيخ، وابن عبد السلام، ويرد بأن موتها قبل الخلع كحياتها في رفع عصمتها عنها المبيح نكاحه غيرها وليس موتها قبله كحياتها في ثبوت الخلع، والأظهر إن كان خلعه قدر إرثه منها فأقر لم ينزع.

وشرط عوض الزوجة من حيث صحة كونه بسبب الطلاق فينفذ على مثل إن وقع لا على ري المطر زرعه فينقلب طلاقا مطلقًا أو بلفظ الخلع إن تلفظ به.

وشرط جوازه: كونه مباحًا متمولًا أو مقصودًا، روى محمد إن خالعها على عتقها عبدها لزمها كخلعها على خروجها لأمها.

وسمع عيسى ابن القاسم: من خالع امرأته على أن تخرج لبلد غير بلده أخذ منها على ذلك شيئًا أو لم يأخذه، فأبت أن تخرج فهي على خلعها، ولا تجبر على الخروج.

ابن رُشْد: لأن الخلع عقد يشبه عقد البيع لملك المرأة به نفسها كملكها زوجها

بالنكاح، فوجب أن لا يلزم الشرط فيه بالخروج من البلد، والإقامة فيه أو ترك النكاح وشبهه من تحجير المباح كما هو كذلك في النكاح إلا أن يكون بعقد يمين، كقولها إن فعلت فعبدها حر أو مالها صدقة على المساكين، إن فعلت لزمها العتق أو الصدقة بثلث مالها، ولو خالعها على إن لم يخرج من البلد فعليها لغير زوجها كذا وكذا الحكم عليها به على القول بأن من حلف بصدقة شيء بعينه فحنث أنه يجبر عليه والقولان فيها.

قُلتُ: لا يلزم من عدم القضاء عليه في مسألة الحلف عدمه في مسألة الخلع؛ لأنه أقوى لحق الزوج في عوض عصمته، وقياسه إلغاء خروجها على إلغاء شرط النكاح، فيرد بأنه في مسألة الخلع عوض العصمة، وشرط النكاح خارج عن عوضه.

قال ابن رُشْد: ولو قال إن لم تفعل فعليها لزوجها كذا وكذا لبطل ببطلان الشرط على قياس أول مسألة من رسم سعد.

قُلتُ: هو قول مالك إن خالعها على شيء من مالها على أن لا ينكح أبدا، فإن فعل فما أخذ منها رده عليها، تم له ما أخذ منها، والشرط ساقط.

ابن رُشْد: إذا لم يلزمه شرط ألا يتزوج فأحرى أن لا يلزمه به رد ما أخذ منها؛ لأن الخلع به يؤول لفساد، إذ لا يدري هل يرجع إليها مالها فيكون سلفًا، أو لا يرجع فيمضي، ويلزم في هذه على ما في سماع عيسى في الخلع بالثمرة قبل بدو صلاحها أن يمضي الخلع بخلع المثل إن عثر عليه قبل أن يغيب على الخلع، فإن غاب عليه نفذ الخلع وبطل الشرط؛ لأن رده إلى خلع مثلها تتميم للفساد الذي اقتضاه الشرط.

قُلتُ: فيلزم كون إمضاء البيع الفاسد بعد فوته بالقيمة تتميما له.

والخلع بذي غرر: قد يجب عليها يومًا ما؛ جائز لنقل ابن رُشْد: يجوز على مجرد رضاع الولد اتفاقًا، وإن كان فيه غرر لاحتمال موته قبل تمام أمده لوجوبه عليها في عدم الأب وفيما لا يجب، ثالثها: فيما لا يقدر على إزالته كالآبق والجنين والثمرة قبل بدو صلاحها لا فيما يقدر على إزالته كالخلع على التزام نفقة الولد بعد الرضاع أعوامًا لا قدرة على إزالته، بشرط أن لا تسقط النفقة عنها بموته، والصلح بمال لأجل مجهول، للمغيرة فيها مع سَحنون وسماع عيسى ابن القاسم منعه فيما لا يقدر على إزالته فالآخر أحرى، وتفرقتها بينهما، وللخمي ثالث الأولين الكراهة، وعزاها الشيخ لأَصْبَغ وابن

القاسم في أحد قوليه، وعلى مضيه.

قال ابن القاسم في الجنين: يجبران على جمعه مع أمه وله طلب الآبق والشارد والثمرة على غررها.

المتيطي: وعليها رعاية ما تلد غنمها.

قُلتُ: يريد رعاية الغنم قبل ولادتها لا رعاية أولادها لقول عبد الحق.

قال بعض شيوخنا: النفقة عليها إلى خروج الجنين.

قال المتيطي: وفي كون سقي الثمرة عليها أو عليه قولان.

ابن محرز: قالوا السقي عليه، وهو الجاري على قول ابن القاسم لا جائحة في الثمار في النكاح، وعلى قول أشهب فيها: الجائحة السقي عليها.

ابن رُشْد: وعلى المنع في نفوذ الطلاق مجانًا أو بخلع المثل فيما أبطل كله، ويقدر ما أبطل فيما أبطل بعضه كإبطال ما زاد على الحولين في الخلع على رضاع الولد، ونفقته بعد الحولين مدة معينة قولان لسماع ابن القاسم معها، وسماعه عيسى إن خالعته بآبق أو جنين أو ثمرة لم يبد صلاحها مضى بخلع المثل، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن خالعها على رضاع ولده عامين، فإن أبت فله عليها عشرة دنانير جاز.

وفيها: إن خالعها على ثوب هروي، ولم تصفه جاز وله الوسط من ذلك، وإن خالعها على خمر، تم الخلع ولا شيء له، وإن قبضها اهريقت عليه.

قُلتُ: وكذا الخنزير، وفي قتله وتسريحه سماع ابن القاسم، وقول ولائها خرج اللخمي رجوعه بخلع المثل من خلع المريضة.

المتيطي: روى ابن خويز منداد الخلع بما لا يحل ماض، ولا شيء له إلا ما وجد، وقال مرة: يرجع بخلع المثل.

قُلتُ: في قوله له ما وجد نظر إلا أن يحمل على تخلل الخمر.

قال بعض شيوخ عبد الحق: إن لم يشعر بالخمر حتى تخللت فهي للزوج، ولو كانت الزوجة رد إليها، ولو تخللت.

عبد الحق: هذا غلط؛ لأنها إن تخللت حلت فتبقى له، وإن لم تخلل أريقت، ولم ترد لها كنصراني باع خمرًا من مسلم.

وفيها: إن أراد بخلعها على أن لا سكنى لها إلزامها كراء المسكن، جاز إن كان المسكن لغيره أو له وسمي الكراء، وإن كان على أن تخرج من مسكنه تم الخلع، ولم تخرج، ولا كراء له عليها.

اللخمي: أرى له عليها الأقل من كراء المسكن أو ما كانت تكري به إلا أن يكون انتقالها لمسكن لها أو لأبيها ولا كراء له.

ابن حارث: روى ابن نافع إن خالعها على أن لا نفقة لها عليه، ولا سكنى ولا رضاع لزمه ذلك، وابن القاسم يخالفه في السكنى.

قُلتُ: قوله: (يخالفه) مشكل، وإن أراد أنه يخالفه في تفصيلها لمردود وماض حسبما مر فبعيد؛ لأنه وفاق.

وخلعها على أن تسلفه يمضي: ويرد السلف، وكذا على أن تعجل له دينا أو تؤخره بدين لها عليه، وخرج اللخمي إمضاء تعجيلها على إجازة ابن القاسم ضع، وتعجل قائلا: لا فرق بين جعل عوض التعجيل ببعض الدين أو سلعة أو خلعها لنفسها.

قُلتُ: يرد بأن كون العوض غير بعض الدين صريح في كونه جر نفعًا، وقد صح النهي عنه، ووضع بعض الدين لتعجيله ذكر العقيلي فيه عن ابن عباس أنه ﷺ: **«حين أمر بإخراج بني النضير من المدينة جاءه ناس منهم فقالوا إن لنا ديونا، فقال: ضعوا وتعجلوا»**[1].

قال عبد الحق: في سنده يقال له علي بن محمد وهو مجهول، ومستند ابن القاسم في إجازته ضع وتعجل إنما هو حديث ابن عباس المذكور مع جعله مخصصًا لحديث النهي عن سلف جر نفعًا[2]، وتخصيص السنة بالسنة جائز، وقول اللخمي: لا فرق بين جعل عوض التعجيل ببعض الدين أو سلعة أو خلعًا هو قياس على صورة التخصيص بما

(1) أخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير: 3/251، رقم (1252).

(2) أخرجه مالك في الموطأ: 2/657 في البيوع: باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض، وقد وصله بنحوه أبو داود: رقم (3504) في البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، والنسائي: 7/282 في البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع، والترمذي: رقم (1234) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

يستغرق إبطال العام، والقياس بما يستغرق إبطال العام لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى النسخ بالقياس؛ وذلك غير جائز، وصدق السلف على دفع شيء مثله، وتأخير ما حل سواء كصدقه على سلف ثوب وعبد.

وذكر غير واحد من شيوخ بلدنا أن بعض الطلبة ذكر في مجلس تدريس بعض شيوخهم في كتاب الآجال من المدَوَّنة قول ابن القاسم هذا فأنكر عليه، فقال: اللخمي حكاه، فلما انقضى المجلس نظر أهله كلام اللخمي في بيوع الآجال حيث ذكرها في المدَوَّنة فلم يجدوا للخمي ما ذكره عنه، فلما كان من الغد قالوا له ما ذكرت عن اللخمي غير صحيح إذ لم يذكره في محله، فانفصل الطالب عنهم في غم شديد، فلما نام من الليل رأى في نومه الشيخ أبا الحسن اللخمي فقال له يا سيدي نقلت عنك كذا وذكر له القصة، وكون الطلبة نظروا كتابه في بيوع الآجال، ولم يجدوا فيه ذلك النقل، فقال له ذكرته في فصل الخلع فانتبه الطالب فرحًا، فقام في ليله، ونظر الكتاب فوجده كما نقل، فلما أصبح ذكر ذلك لأهل المجلس، واشتهرت قصته، وفضل الله عليه برؤيته المذكورة.

وخرجه ابن عبد السلام على القول الشاذ ببراءة الذمة، وإن صرف ما في الذمة يجوز قبل حلول أجله.

قال: فيجوز الخلع والتعجيل كما لو حل الأجل.

قُلتُ: وهذا التخريج عند من تأمله يوجب جواز كثير من صور المنع كبيع سلعة من مدين على أن يعجل دينه، ونحوه من مسائل بيوع الآجال وكتب السلم وغيرها، وتقرير تخريجه أن نقول التعجيل موجب لبراءة الذمة في مسألة الصرف عند مجيزه، وإلا لما أجازه لمنع التأخير الجواز في الصرف؛ فيجب أن يكون للتعجيل في مسألة الخلع موجبًا لبراءة الذمة عملًا بملازمة المعلول علته، وكلما ثبتت براءة الذمة في مسألة الخلع انتفى عنها حقيقة السلب لانتفاء لازمه وهو عمارة الذمة، وإذا انتفى حقيقة السلف عنها وجب جوازه إذ لا مانع فيها إلا سلف جر نفعًا، وإذا انتفى مطلق السلف انتفى أخصه، وهو ما جر نفعًا.

وجوابه أن نقول إنما كان التعجيل في مسألة الصرف موجبًا لبراءة الذمة لاشتماله

على منافي السلف الموجب لنفيه، وهو ليس كذلك في مسألة الخلع وشبهها وهذا؛ لأن خاصة السلف تماثل عوضيه حسًا، ولما انتفى السلف مع تعجيل عوض عما في الذمة امتنع كون ذلك التعجيل سلفًا فبرئت الذمة فيه، والتعجيل في مسألة الخلع ونحوه ليس مشتملًا على منافي السلف؛ لأن المعجل فيه ليس مباينا لما في الذمة؛ بل مماثلا له، فلم يكن مباينًا للسلف؛ بل مقررا له؛ لأن ثبوت خاصة الشيء دليل ثبوته، فحينئذ لا يلزم من إيجاب التعجيل البراءة حيث ينافي بقاء عمارة الذمة، وذلك في مسألة الصرف إيجابه البراءة حيث لا ينافي بقاؤه عمارة الذمة، وذلك في مسألة الخلع ونحوها لوضوح الفرق المناسب، وبه يتضح الفرق بين جواز شراء جديد بثوب في ذمته لم يحل ودينار نقدًا، وامتناعه بدينارين على تعجيل الثوب، وروى اللخمي إن خالعها على تأخيرها إياه بخمسين من مائة حالة، وإسقاط باقيها صح الإسقاط وبطل التعجيل.

قال: والصواب فض الخمسين المسقطة على خلع المثل، وقيمة تعجيل الخمسين؛ لأن إسقاطها للخلع والتعجيل قد بطل فيمضي من المسقطة مناب خلع المثل فقط، ونقل ابن رُشْد هذا المعنى تعقبًا للتونسي على مالك، وأجاب ابن رُشْد بأن الخلع إنما وضعت، والتعجيل شرط خارج عنه فنفذ الخلع، وبطل الشرط.

وروى الشيخ إن خالعها على إن عجلت بعض دينه وأسقط بعضه بطل التعجيل والإسقاط.

اللخمي: ويبقى حق الزوج فيما قابل الخلع هل يرجع به، وعلى إجازة ابن القاسم ضع وتعجل يجوز الخلع، والإسقاط ويصح التعجيل، في الموازيَّة إن صالح من تزوجها بعشرة نقدًا وعشرين لأجل قبل البناء على تعجيل عشرة النقد وإسقاط العشرين أو على تعجيل سنة إلى خمسة عشر لزمت الوضيعة وسقط التعجيل، فيرد له ما زاد على خمسة لتأخذه عند حلول أجله.

قُلتُ: كذا وجدتها في نسخة عتيقة من النوادر بلفظ إلى خمسة عشر؛ وهو الصواب، ونحوه لابن رُشْد، ولا يتم لفظ الرواية إلى (إلا على المعروف من عدم دخول ما بعد) إلى (فيما قبلها).

الشيخ عن عبد الملك: إن خالعته على حمالة عنه سقطت؛ لأنها سلف، وإن كان

على أن أحال عليها غريمه نفذ، فإن لم يجد المحال عندها شيئًا عند الأجل رجع عليه إذ ليست الحوالة على أصل دين كمن أحال على مكاتب، وفي كتاب ابن سَحنون: إن خالعها على سكنى دارها سنة أو كراء حمولة مضمونة أو معينة أو على أن تعمل له بيدها هل غزل أو خياطة أو غيرها مضى، وهو من معنى الخلع بالغرر.

قُلتُ: إن كان قدر الغزل والخياطة معلومًا والشروع عن قرب فليس بغرر.

وفيها: إن كان لأحدهما على الآخر دين مؤجل فخالعها على تعجيله جاز الخلع ورد الدين لأجله، وقيل: إن كان لها عليه، وهو عين فليس بخلع، وهو رجل طلق وأعطى فهي طلقة رجعية.

وفيها: إن خالعها على حلال وحرام جاز الحلال وبطل الحرام، ويجري في الحرام القول باعتبار منابه من مهر المثل إجراء بطلان كل الصفقة على جمعها ذلك في البيع، يرد بدلالة أصل المذهب أن الخلع أخف من البيع.

وفيها: إن خالعها على مال لأجل مجهول كان حالًا كالقيمة في البيع، كذلك إن فاتت السلعة، ولما اختار ابن محرز جواز الخلع على الغرر؛ لأن العوض في الطلاق غير واجب شرعًا، والعصمة غير مال إذ لا يصح بيعها.

قال: ينبغي جوازه لأجل مجهول، وإن اعتبر بالبيع وجب أن يكون فيه خلع المثل أو قيمة ما خالع به على غرره، وتعجيل المال قبل محله خلاف الأصول، ونحوه قول اللخمي: لا وجه لتعجيله، وهو ظلم.

وفيها: إن خالعها على عبدها على إن زادها ألف درهم جاز، فإن كان فيه فضل فهو خلع، وإن كان كفاف الألف فهي مبارأة، والمبارأة طلقة بائنة، وإن كان أقل فهو كمن صالح على إن أعطاها مالًا.

اللخمي: وعليه يختلف هل طلقتها بائنة أو رجعية وبينونتها أحسن؛ لأنه طلاق قارنته معاوضة من الزوجة، وشرط العبد لا يكون إلا لغرض فيه، ولو خالعها على آبق أو جنين أو ثمرة لم يبد صلاحها على أن زادها عشرة دنانير؛ فسخ من الغرر مناب العشرة وردت للزوج، وتم للزوج مناب الخلع منه.

وفي كون المناب بجعل فضل قيمة الغرر على العشرة للخلع، فإن لم يكن فلا شيء

له أو يفض القيمة على العشرة وخلع المثل، ثالثها: تفض القيمة على العشرة والقيمة، فمناب العشرة بيع ومناب القيمة خلع، لمحمد مع أَصْبَغ والجاري على قول ابن نافع في الصلح بشقص عن موضحتي خطأ وعمد، والجاري على قولي ابن القاسم والمغيرة فيه.

ابن رُشْد: لسَحنون في مسألة الخلع كالمغيرة، ولأَصْبَغ إن فضلت قيمة العبد العشرة نقض البيع في منابها منه، وإلا مضى بيعه بها.

ابن رُشْد: هذا تناقض، والصواب ما له في الموازيَّة كمحمد.

اللخمي: اختلف في وقت القيمة. قال محمد: يوم يخرج الجنين، ويوجد الآبق وتجذ الثمرة.

أَصْبَغ في العتبيَّة: يوم الصلح في الآبق والثمرة إن كانت أبرت، وإلا فيوم تؤبر، وفي الجنين يوم يولد، وكونها يوم الصلح في الجميع أحسن.

ابن رُشْد: المراد بقيمة ذلك يوم الصلح أنه على غرره لو صح بيعه على ذلك، ولازم قول أَصْبَغ في الثمرة والآبق كون القيمة في الجنين يوم الصلح على غرره، ولازم قوله في الجنين كون القيمة في الآخرين يوم حل البيع بطيب الثمرة ووجود الآبق، وقال سَحنون: القيمة في الجميع يوم قبض الزوج ذلك، وقول أَصْبَغ في الثمرة التي لم تؤبر: القيمة فيها يوم الإبار خارج عن كل ذلك إذ لم يقل، فإنها يوم الصلح على غررها، كما قال في الآبق والثمرة التي أبرت، ولا قال أنها يوم الطيب كما قال في الجنين، وقال سَحنون: القيمة في الآبق يوم يقبضه الزوج، وإن عثر على الآمر قبل قبضه مضى الطلاق وانفسخ البيع جملة في الآبق تطلبه الزوجة لنفسها وترد العشرة للزوج، وكذا يلزم على قول أَصْبَغ في الجنين والثمرة التي لم تؤبر لقوله: القيمة في الجنين يوم يوضع، وفي الثمرة يوم تؤبر إن عثر على ذلك قبل وضع الجنين وإبان الثمرة أن يمضي الطلاق ويفسخ البيع جملة في الجنين والثمرة، إذ لا يصح إن عثر على الآمر قبل الوقت الذي يصح فيه التقويم أن يؤخر الحكم إلى وقت يصح فيه التقويم فتنتفع المرأة بالعشرة وهي لا تجب لها، ولا بد من ردها أو رد بعضها للزوج وإن كان ابن لبابة قاله. قال: قول أَصْبَغ لا وجه له لو قال: يمضي الطلاق ويمهل في أمرها حتى يرجع الآبق ويخرج الجنين ويحل بيع الثمرة، فإذا كان ذلك يوم الانتفاع بالعشرة على الرجاء والخوف من

يوم تعاملهما إلى يوم حل البيع في العبد والجنين والثمرة يضاف ذلك إلى العشرة فيكون للزوجة من عبدها وثمرتها وجنينها هذه العدة، يباع ذلك منها والفضل للزوج إن كان، فإن لم يكن فلا شيء له ولا عليه ومضى الطلاق، ولو قال قائل يمضي الطلاق وله خلع مثله كسماع عيسى في خلع المرأة بثمرة قبل بدو صلاحها أنها لها وعليها له خلع مثلها، يريد لكان لذلك وجه، فأما هذا فله وجه كما ذهب إليه، والأول لا يصح من غير ما وجه.

وإن خالعها على ما بيدها فإذا هي فارغة أو بها ما لا قدر له كالدرهم أو ما لا ينتفع به كحصاة ففي لغو طلاقه، ثالثها: إن كانت فارغة أو بها حجر، للخمي عن رواية ابن حبيب، وابن الماجِشُون، وأشهب، والأول أحسن إن كان الخلع عن مشاورة وجد لا هزل، واستحسن إن كان بيدها ما لا ثمن له أو لا شيء بها أن عليها غرم ما يرى أنه لو كان بيدها لزمه الخلع إن كانت موسرة.

مُطَرِّف: إن رضي الزوج بما قل مما ينتفع به فهو خلع وبما لا ينتفع به؛ الطلاق رجعي.

الباجي: إن قلنا لا يلزمه الخلع، فقال أشهب: لا يكون طلاقا.

مُطَرِّف: هو طلاق رجعي.

ابن زرقون عن عبد الملك: هو طلقة بائنة.

وفيها: إن خالعها على عبد بعينه فاستحق رجع بقيمته كالنكاح.

ابن عبد الحَكَم: بخلع المثل، الجلاب: وكذا لو استحق بحرية، وقال غير ابن القاسم لا يتبعها بشيء.

اللخمي: يختلف إن خالعها على مال وغرته من فلس هل يمضي الطلاق أو تبقى زوجة فقال عبد الملك: إن قالت أخالعك على داري هذه أو عبدي هذا فإذا هما ليسا لها لم يلزمه طلاق، ولو كان لها شبهة ملك لزمه، ولو قالت على ما أوصى لي به فلان أو على عطاء لي ولا وصيَّة لها ولا عطاء لم يلزمه طلاق، ولو كان أوصى لها ثم رجع عن وصيته بعد الخلع أو لم يحمله ثلثه أو كان لها عطاء فأسقط بعد الخلع لزمه الطلاق.

في الموازيَّة: ولا شيء له عليها وأرى إن علمت برجوعه على الوصيَّة أو بسقوط

العطاء قبل الخلع أن يرجع عليها بمثل ذلك إن كانت موسرة، وكذا إن غرته من دار أو عبد.

قُلتُ: قال أولا يختلف، وما أتى به لا يثبت اختلافا إلا أن يعد اختياره خلافًا، وكثيرًا ما يجعل ابن رُشْد قول نفسه خلافًا يعده في الأقوال، والمسألة شبيهة بمسألة كتاب المكاتب في المكاتب يقاطع سيده بما لا شبهة له فيه.

قال ابن رُشْد: يرجع لرق الكتابة اتفاقًا.

عبد الحق: قال غير واحد من شيوخنا إن خالعها على آبق فثبت أنه كان ميتا قبل خلعها فلا شيء له عليها إلا أن يثبت أنها علمت ذلك قبل الخلع، فعليها قيمة الآبق على غرره.

وفيها: إن خالعها على دراهم أرته إياها فوجدها زيوفا فله البدل كالبيع.

قُلتُ: يريد لا تتعين بالإشارة إليها كما لا تتعين بها في البيع وعلى تعيينها تجري على الخلع بما في يدها.

عبد الحق عن أبي عمران إن اشترطت أنها لا تعرف الدراهم، وإن كانت زيوفا فلا بدل لها؛ فلها شرطها وهو كالخلع بالغرر.

والخلع على أن الولد عنده إن علق بأمه أو كان عليه به ضرر لم يجز وإلا ففي إمضاء الخلع بشرطه أو دونه، ثالثها: إن كان أثغر لابن القاسم مع مالك وابن الماجِشُون مع رواية المدنيين واللخمي قائلا إن بقي عندها فلا غرم عليها؛ لأن الخلع غير مالي، إنما هو طرح مشقة، والأول نصها، وأخذ منه بعض شيوخ عياض كون الحضانة حقًا للحاضن وأن له أن يوليه من شاء، وإن أبى ذلك من هو أولى من المولى.

قُلتُ: هذا خلاف نقل عبد الحق عن أبي عمران إن كان للولد جدة فهي أحق به.

وفيها: إن خالعها على أن عليها نفقة الولد ورضاعه ما دام في الحولين جاز، وفرضها ابن حارث في رضاعه فقط وقال: اتفاقًا، وفي منعها التزويج مدة رضاع الولد في الحولين، ثالثها: إن كان بشرط، ورابعها: إن كان يضر بالصبي، لابن رُشْد من قولها ذلك في الظئر المستأجرة وسماع القرينين وقول ابن نافع مع رواية محمد وسماع عيسى ابن القاسم.

وشرط عدم نكاحها بعد الحولين لغو:

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وفيها: إن اشترط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمدا سمياه أو شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين تم الخلع ولزمها نفقة الولد في الحولين فقط لا ماناف عليها من نفقة الولد ولا ما شرط الزوج من نفقة نفسه سنة، وقال المخزومي يلزمها جميع ذلك كالخلع بالغرر.

اللخمي: وقاله أشهب وعبد الملك وهو أحسن.

الصقلي: وقاله سَحنون وهو الصواب، واحتج لابن القاسم بحجج تركها لضعفها.

عبد الحق: الجواب بمنع شرط الزوج نفقة نفسه إنما هو لابن القاسم لا لمالك.

ابن حارث: يلزمها نفقته ولو شرط نفقته خمس عشرة سنة، وذكرها ابن حبيب فقال: كان مالك لا يجيز ذلك إلا في الرضاع فقط لا يجيزه في النفقة لا على فطيم ولا على رضيع بعد الفطام، وقاله مُطَرِّف وابن القاسم وابن وَهْب وابن عبد الحكم وأَصْبَغ، وقال ابن الماجِشُون: يشترط ما شاء من السنين في الفطيم والرضيع والصغير والكبير، وقاله المغيرة وابن نافع وأشهب والمشرقيون كلهم.

ابن حبيب: وبه نقول وعليه جماعة الناس وقاله ابن دينار، وكان محمد بن عمر بن لبابة لا يرى كلام ابن القاسم ولا روايته ويقول الخلق على خلافه ويذكر في ذلك نظائر.

ابن العطار: بقول المغيرة القضاء عندنا.

المتيطي: قال غير واحد من الموثقين بقول المغيرة العمل، وروى زياد في المدنيَّة يجوز في نحو العامين لا فيما كثر، ونحوه لمالك في المبسوط، وقال أَصْبَغ: في مبسوطة يحيى بن إسحاق أكرهه وأجيزه إن وقع.

قُلتُ: فالأقوال أربعة.

المتيطي: حكى بعض شيوخ القرويين وقاله غير واحد من الموثقين إن شرطا ثبوت النفقة بعد الوفاء كثبوتها قبلها جاز على مذهب ابن القاسم ومالك وارتفع الغرر

كما لو باع دارًا على أن ينفق على البائع مدة معلومة وهو في الخلع أجوز. قال: وتعقد في التزامها ذلك على قول المغيرة أنها التزمت نفقة الولد وكسوته ومؤونته اتحد أو تعدد مع ذكر أسمائهم كذا وكذا عامًا من تاريخه إلى مبلغ الذكر الحلم صحيح الجسم والعقل أو إلى أن يدخل بالأنثى زوجها، وذكر صحة الجسم والعقل؛ لأنه إن بلغ الحلم، وهو زمن أو مجنون أو مبتلى بما يمنعه التصرف لم تسقط النفقة عن الأب بذلك على المشهور المعمول به، فلو لم يشترط ذلك وقبل إلى الحلم فقط لانصرفت النفقة على الأب بعد الحلم حتى يصح، ومما يجمع به بين القولين أن ابن حبيب حكى عن ابن القاسم فيمن بارأ زوجته على أن تسلم ولدها منه إليه، فإن أرادت أخذه فلا يكون لها ذلك إلا بأن تلتزم نفقته ومؤونته أنه خلع نافذ لازم، وحكى مثله أبو عمران عن فضل بن سلمة: ولو مات الولد في أثناء العامين فلا شيء للأب عليها.

قال مالك: لم أر أحدا طلبه.

بعض القرويين: لأن القصد بالتزامها براءة الأب من مؤونة ولده.

محمد: كمن صالح على إسقاط نفقة الحمل فأسقطته لا تتبع بشيء.

المتيطي: هذا مشهور مذهب مالك وبه القضاء، وروى القاضي في إشرافه وأبو الفرج أنه يرجع عليها. قال: وإن ماتت أخذ من تركتها، وقال غيره: وتفض أجرة رضاع الحولين على ما بقي منها وما مضى، ولهذا الخلاف كتب بعض الموثقين أنها التزمت له رضاع ولدها منه حولين بدرهمين وأنها قبضتهما ورضيت بهما أجرة عن رضاعها، فإن مات الصبي وقام أبوه يطلب بقية رضاعه كان ما يقع عليها من الدرهمين يسيرا لا يضرها.

الباجي: رجح ابن الماجِشُون الأول بأنه لم يشترط لنفسه مالًا يتموله، إنما شرط أن تكفيه مؤونته، كما لو تطوع رجل بالنفقة عليه سنة فمات لم يرجع عليه بشيء، ولو ماتت كانت النفقة في مالها اتفاقًا، وإن أعسرت بالنفقة أنفق الأب، واختلف قول ابن القاسم هل يتبعها أم لا، وروى أشهب وابن عبد الحكم وابن الماجِشُون يتبعها.

المتيطي: مشهور المذهب أنه يتبعها. قال: فإن كان أخذ عليها بما التزمت حميلا فأعدمت أو ثبت أنها محجورة أخذ الأب بالنفقة وطلب الحميل بغرم ما يغرم في عدمها

وفي حجرها.

قال فضل عن ابن الماجِشُون: إن لم يعلم الزوج حجرها تبع الحميل ولو لم يعلم بذلك الحميل لتفريطه وإن علم الزوج حجرها لم يتبعه بشيء.

اللخمي: بعد ذكره رواية أبي الفرج. قال: ولو انقطع لبنها وكانت عديمة استأجر عليها وتبعها، وقول مالك لا شيء عليها صواب؛ لأن اللبن ليس شيئًا تبيعه وتأخذ له ثمنا وعليها غرم ما كانت تشتريه غير الرضاع من طعام وغيره، وإن خالعها ثم ظهر بها حمل فلها نفقتها مدة حملها، وكذا لو كانت ظاهرة الحمل حين الخلع إلا أن يشترط إسقاطها، ولو شرط أن لا نفقة للولد إذا ولدته ففي سقوط نفقتها مدة حملها رواية محمد وقول ابن القاسم مع المغيرة وابن الماجِشُون.

المتيطي: روى زياد إن بارأها على أن لا تطلبه بشيء فظهر بها حمل أنه تلزمه النفقة عليها، وإن التزمت مؤنة حمل إن ظهر بها أو حملها الظاهر أو إرضاع المولود بعد وضعه إلى فطامه جاز ذلك.

قال بعض القرويين: ويوقف من مالها بعد موتها قدر مؤنة الابن، فإن ولدت توأمين لزمها رضاعهما، ولا تعذر إن قالت لا طاقة لي بهما.

اللخمي عن مالك في العتبيَّة: إن شرط لا نفقة للحمل فأعسرت أنفق عليها وتبعها، يريد؛ لأن عجزها عن نفقة نفسها يضر بالحمل.

قُلتُ: هي سماع القرينين في كتاب التخيير ولم يزد فيها ابن رُشْد شيئًا، وفيه من أقام بعد طلاقه امرأته وهي حامل شهرًا ثم بارأها على أن عليها رضاع ولدها فطلبته بنفقتها لماضي الشهور قبل المبارأة فذلك عليه، فإن قالت إنما بارأتك على رضاعه لا على نفقة حمله فلا قول لها.

ابن رُشْد: لزومه ما مضى من نفقة الحمل قبل المبارأة واضح، وسقوط نفقته بعد المبارأة؛ لأنه تبع لما التزمت من الرضاع بما دل عليه من العرف والمقصد، فإن وقع الأمر مسكوتًا عنه فلا شيء لها، وإن اختلفا فيه فالقول قول الزوج مع يمينه، كذا لو طلقها حاملًا دون مخالعة فدفع لها نفقة الرضاع كان براءة من نفقة الحمل المتقدمة.

وفيها: إن خالعها ثم بان أنها أخته من الرضاع أو أمر لا يقران عليه نفذ الخلع

ورجعت بما أخذ منها.

وفي كونه فيما اختلف فيه تابعًا للزوم الطلاق فيه وثبوته فيما لأحد الزوجين أو غيرهما إمضاؤه، ثالثها: فيما لا خيار للمرأة فيه لابن رُشْد عن ابن القاسم ومحمد وابن الماجِشُون.

الشيخ عن محمد: إن بان كون الزوجة بعد الخلع أمة، فإن كان الزوج لا تحل له الأمة أو لم يأذن لها سيدها في الخلع رده وتبع بالمهر من غره، وإلا فله الخيار في إتمام الخلع أو رده واتباع من غره.

وفي ثاني نكاحها إن بان كون نكاح من اختلعت قبل البناء بغير ولي أو بغرر تم للزوج ما أخذ.

سَحنون: وكان قال لي ما غلبا على فسخه يرد فيه الخلع.

الصقلي عنه إثر قولها تم للزوج ما أخذه هذه ترد لقولها في الخلع برده لها، ولو بان به بعد خلعه عيب، ففي مضيه ورده نقل اللخمي عن ابن القاسم مع الصقلي عن محمد واللخمي عن ابن الماجِشُون مع تخريجه على قول ابن القاسم لمن اطلع على عيب بسلعة بعد بيعها من بائعها بأقل من ثمنها الرجوع عليه بتمامه؛ لأنه يقول كان لي أن أردها عليك وها هي في يدك.

وفي إرخاء الستور منها: الخلع يرد للزوجة.

عياض: لسَحنون في النكاح المختلف فيه في ثاني نكاحها الخلع فيه ماض كالطلاق، ثم ذكر اختلاف قول مالك في هذا الأصل، وإن كان ما يغلبان على فسخه رد فيه الخلع.

سَحنون: هذه ترد لما في كتاب الخلع، يعني مسألة العيب، وهو لا يغلبان فيه على الفسخ، وظاهر الكلام في الكتاب لابن القاسم وعليه اختصرها غير واحد ونقلها اللخمي لابن الماجِشُون.

أبو عمران: ما قاله في إرخاء الستور خلاف ما له في كتاب النكاح في الأنكحة الفاسدة أن الخلع منها ماض، وكتب عليها سَحنون اسمه وقال لا أقول به.

ولو بان بها بعد خلعها عيب؛ ففيها: تم له؛ لأن له أن يقيم.

اللخمي: إن كان خالعها ببعض المهر فله الرجوع ببقيته على قول عبد الملك، ولا يرجع به على قول مالك وابن القاسم، وقال مالك في العتبيَّة مثل قولها، وقال سَحنون: يرجع بالمهر على من غره وإن كانت الغارة أخذ منها ما أعطاها إلا ربع دينار؛ يريد: ويرد ما أخذ في الخلع إن كان من غير صنف المهر، ويرجع بالفضل إن كان من صنفه.

والتوكيل على الخلع جائز كالبيع لا كالنكاح: فيجوز توكيل الزوج امرأة.

ابن شاس: لو قال خالعها بمائة فنقص لم يقع طلاق، ولو قالته فزاد وقع وغرم الزيادة، ولو قال خالعها فنقص عن المثل قبل قول الزوج أنه أراد المثل.

ابن الحاجب: بيمينه.

الشيخ عن الموازيَّة لو وكلت من يصالح عنها ولها على زوجها مائة دينار فصالحه على تركها لزمها؛ لعله يريد إن كان صلح مثلها، وفي المجموعة لابن القاسم: من ملك من يصالح عنه امرأته فصالحها بدينار فأنكره الزوج فله ذلك، إنما يجوز عليه صلح مثلها.

قُلتُ: ظاهر ما تقدم أن مخالفة الوكيل بزيادة اليسير عليها ونقصه له كالكثير، والأظهر أنه فيهما كالبيع والشراء، وتعقب ابن عبد السلام قول ابن الحاجب بيمينه وقال: لا يكاد يوجد نصا في المذهب.

قُلتُ: لا يبعد إجراؤه على أن العرف كشاهد واحد.

وفيها مع سماع ابن القاسم: من أقر بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بينة وقع الفراق ولا شيء له، وحلفت ما خالعت بشيء، وفيه لو أقر به معلقًا على الإعطاء لم يلزمه إلا به.

أَصْبَغ وسَحنون هذا إن اتصل تعليقه بإقراره وإلا فكالمجرد.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وكذا لو قال وامرأته غائبة اشهدوا أني بارأت امرأتي على كذا على معنى الإخبار عن متقدم، ولو أراد خالعتها بقولي هذا على كذا ففي لزومه الخلع إن لم ترض ما خالعها عليه قولا أَصْبَغ وغيره.

اللخمي: إن قال خالعتك على عشرة، وقالت طلقتني على غير شيء ففي قبول قولها بيمينها وقبول قوله فتبقى زوجة بعد حلفهما قولا ابن القاسم وعبد الملك،

وعليهما لو قال بعتك هذا العبد بعشرة وأعتقته، وأكذبه الآخر ففي بقائه رقا لبائعه القولان.

قُلتُ: قول عبد الملك خلاف قول ابن رُشْد اتفاقًا، وعلى المشهور لو طلبته بالنفقة قائلة دعواه الخلع ليسقطها.

قال الصقلي: إن أقرت بإيقاعه طلاقها بلفظ الخلع مجانًا فلا نفقة، وإن أنكرت مطلق طلاقه فكذلك على قول ابن القاسم: طلقة لفظ الخلع بائنة، وعلى أنها رجعية فهي لها.

قُلتُ: إقرارها بإيقاعه بلفظ الخلع وإنكارها مطلق طلاقه سواء.

بعض شيوخ عبد الحق لعيسى عن ابن القاسم: من أقر عند قوم أنه بارأ زوجته، ثم قال: كنت مازحا وأنكرت زوجته ذلك بانت منه بواحدة ولا رجعة له، وإن مات ورثته ولا يرثها، فانظر فيها ما يدل على وجوب النفقة.

عبد الحق: لا نفقة لها ولا حجة لها بقولها أقر بذلك لإسقاطها لقدرته على إسقاطها بطلاقها طلاق الخلع فتكون بائنة على قول ابن القاسم، والمسألة التي ذكر لا دليل فيها على إيجاب النفقة.

وفيها: إن قام على دعواه شاهد أحلف معه، ولو قالت: طلقتني أمس على دينار وقبلت، وقال: لم تقبلي، قبل قولها.

بعض شيوخ عبد الحق: ولا يمين عليها إذ لو نكلت لم ترد إليه.

قُلتُ: مثل قولها في سماع عيسى من التمليك، وفي المسألة لأَصْبَغ: لا يمين عليها.

ابن رُشْد: وقال أشهب القول قوله، والخلاف مبني على أصل اختلف فيه قول ابن القاسم، وهو تصديق المأمور فيما أمر به من إخلاء ذمته أو تعمير ذمة الآمر، فذكر مسألة كله في غرائرك ومسألة اللؤلؤ ونظائرها، ويرد بأنها في مسألة الخلع مدعية عين ما جعل لها فقط، والمأمور في مسألة الغرائر ونحوها مدع قدرًا زائدًا على ما جعل له؛ بل اختلافهما على أصليهما في إلزام المقر بأمر مقيد بدعوى حكمه مجردًا عنها أو بها، كقوله وطئت هذه بنكاح وعجز عن إثباته.

ولو اختلفا في جنسه أو قدره صدقت بيمين.

أَصْبَغ: لو أقام بينة بخلعها على عبدها فلان وأقامت بينة بخلعها بعشرة، والبينتان عن وقت واحد وتكافأتا سقطتا ونفذ الخلع وله أخذ العشرة.

ابن رُشْد: وهذا قول ابن القاسم: لم يختلف في تساقطهما بهذا الاختلاف، واختلف قوله إذا شهدت إحداهما بأكثر مما شهدت به الأخرى، وأشهر قوليه الأخذ بالبينة التي زادت والقولان فيها، وقد فرق بين كون الزيادة في المعنى دون اللفظ مثل شهادة إحداهما بمائة والأخرى بخمسين، وبين كون الزيادة في اللفظ والمعنى مثل شهادة إحداهما بمائة وخمسين والثانية بمائة، وهي تفرقة حسنة.

قُلتُ: يريد فتسقطان في الأول، وتقدم ذات الزيادة في الثاني لانحصار اختلافهما في الأول للتناقض، وجواز صرفه في الثاني لسماع ذات الزيادة ما لم تسمعه الأخرى، روى المدنيون إن اختلفا في النوع قضى بهما معًا، فعليه إن ادعى الزوج العبد والدنانير قضي له بهما معا، وإن ادعى العبد قضي له بشهادة من أحقه له.

الشيخ في العتبيَّة: لسَحنون عن ابن القاسم إن صالحت على عبد غائب فمات أو وجد به عيبًا، فقالت كان ذلك به بعد الصلح، وقال هو قبله فهي مدعية عليها البينة، وإن ثبت موته بعد الصلح فلا عهدة فيه بخلاف البيع.

قُلتُ: لفظها في سماع سَحنون سألته عن المرأة تصالح زوجها على عبد في الحضر فوجد به عيبًا أو يموت فتدعي أنه مات بعد الصلح وحدث به العيب بعده، فذكر الجواب كما مر.

ابن رُشْد: اعترض بعض أهل النظر قوله عليها البينة بأنه خلاف أصولهم في العيب الممكن حدوثه وقدمه أن القول فيه قول البائع، فكان ينبغي أن يكون القول قولها في أنه لم يكن به يوم الصلح أو لم تعلم أنه كان به يومئذ إن كان مما يخفى إلا أن يكون للزوج بينة بقدمه وليس بصحيح، والمسألة صحيحة لا فرق بين العيب والموت إذا وجد بالعبد قبل القبض؛ لأن ذهاب البعض كذهاب الكل، ونص ابن حبيب على ذلك وبين الفرق بين وجود العيب الذي لا يقدم ويحدث قبل القبض وبعده، وثبوت موت الآبق قبل الخلع تقدم.

[باب صيغة الخلع]

الصيغة: ما دل عليه ولو إشارة، فيها: إن أخذ منها شيئًا وانقلبت وقالا ذاك بذاك ولم يسميا طلاقًا فهو طلاق الخلع، وإن سميا طلاقًا لزم ما سميا، فإن قالت له اخلعني ولك ألف درهم، فقال لها: قد خلعتك لزمها الألف، وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئًا، والإيجاب والقبول في مطلقه كالبيع.

وفيها: إن لم ترض في: أنت طالق على عبدك في المجلس سقط، وقبول المعلق لا يشترط ناجزًا ويوقف القابل لتخييره أو رده، وتمكينه المتعة بنفسه رد له، وفي التمليك منها: إن قال لها إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق وقفت فتقضي أو ترد إلا أن يطأها طائعة فيزول ما بيدها.

وفي عتقها الأول إن قال لأمته إن لم تدخلي الدار فأنت حرة ولامرأته فأنت طالق تلوم له الإمام بقدر ما يرى أنه أراده.

اللخمي: إن قال إذا أو متى أعطيتني فهو بيدها، ولو افترقا ما لم يطأها أو ير أنها تركت، أو يمض ما يرى أن الزوج لم يجعل التمليك إليه، ويختلف إن قال إن أعطيتني هل يحمل على المجلس أو ولو افترقا، وأراه بيدها إن قالت نعم قبل إنصرافها.

وفيها إن قال إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، ألها ذلك متى ما أعطته.

قال: قال مالك في أمرك بيدك متى شئت أو إلى أجل، لها ذلك ما لم توقف أو توطأ طوعا فيبطل ما بيدها، ويفرق بأن لفظ شئت والتصريح بالأجل يناسب التوسعة، ولذا اختصرها أبو سعيد.

قيل: وإيجابه معلقا على أمر يوجبه عند وجوده ويمنع رفعه إن بدا له بخلاف تعليق وعد به، فصريحه لا يفتقر ليمين بخلاف محتمله.

سمع ابن القاسم إن قال لها اقضني ديني وأفارقك، فقضته، ثم قال لا أفارقك حق كان لي أعطيتنيه، فهو طلاق إن كان على وجه الفدية، وإلا حلف ما كان على وجهها وما أراد إلا طلاقها بعد ذلك، كقوله لغريمه أعطني كذا من حقي ولك منه كذا يلزمه، ولو قالت خذ مني هذه العشرين وفارقني، فقال نعم، ثم قال حين قبضها لا

أفارقك قد فارق.

ابن رُشْد: يريد بوجه الفدية ببساط يدل عليها مثل سؤالها طلاقها على شيء تعطيه، فيقول لها اقضيني ديني وأفارقك ببينة على ذلك أو إقرار فيلزمه الخلع ولو لم تكسر في ذلك حليًا، وإن لم يثبت ذلك حلف على الأمرين معًا ما كان على وجه الفدية، وما أراد إلا أن يطلقها بعد ذلك، وروى ابن نافع يحلف على ما ادعى أنه أراده من ذلك، وعن مالك يلزمه الفراق ولا يمكن من اليمين، وقاله أَصْبَغ واختاره محمد. قال: لأن قبضه ذلك منها وجه خلع، والأول اختيار ابن القاسم في رسم أوصى من سماع عيسى.

وخلع القائلة: خذ مني هذه العشرين لازم اتفاقًا، وكذا لو قال ابتداء أعطني عشرين دينارًا وأفارقك، فلما قبضها قال: لا أفارقك؛ لأن قبضه رضى بالمفارقة، ولو قال لما أتته بها لا أقبلها ولا أفارقك ففي لزوم الفراق له ونفيه بحلفه، ثالثها: إن باعت فيه متاعها وكسرت فيه حليها لسماع عيسى وأبي زيد لابن القاسم الأخيرين، والأول لغيره، ولو قال إن دعوتني إلى الصلح فلم أجبك فأنت طالق فدعته له بدينار، فقال: لم أرد إلا نصف متاعك أو نصف مهرك فذلك له وخلي بينه وبينها.

ابن شعبان: القول قوله ما بينه وبين قدر ما تملكه، وليس ببين إذ ليس مما يقصده الزوج ولا يرجوه، وأرى أن يحملها على الغالب أن يرضى به مثلها وليس من يعلم بغضها زوجها كغيرها ولا البخيلة كالسخية والفقيرة والغنية والمتوسطة مختلفات من بذلت ما يرى أنه يرضى به مثلها على ما يعلم من رغبتها لزمه قبوله وإلا وقع طلاقه.

ابن شاس: إن قال إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق، فإن وصفه لزم بصفته وإلا فيسمى عبد سليم.

قُلتُ: مقتضى قولها إن خالعته على ثوب هروي، ولم تصفه جاز وله الوسط من ذلك أنه كذلك في العبد المطلق.

ابن شاس: إن قال إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فأنت طالق فإذا هو مروي، طلقت إن أعطته.

قُلتُ: الأظهر إن كان المسمى أفضل وغرته بذكرها أنه المسمى عدم لزومه على

القول أن الحكم المعلق بمعين من حيث صفته بأن نفيها لا يثبت كمجيب لمن نادى غيره فقال، أنت حر أو طالق لظنه المنادى.

وسمع عيسى ابن القاسم: من حلف بطلاق امرأته واحدة لا صالحها فصالحها لا يرد عليها ما أخذ منها كمن قال لغلامه إن قاطعتك إلى سنة فأنت حر فقاطعه قبلها لم يرد إليه شيئًا، ولو كان حلفه بالبتة رد لها ذلك كقوله إن قاطعتك فأنت حر فقاطعه عتق ورد له ما أخذ منه.

عيسى: لأن طلاق الحنث لزم قبل الخلع إن كان رجعيًا تم الخلع، وإن كان بائنا بطل لوقوعه في غير زوجة فلا عوض للخلع يرد، وكذا في العتق؛ لأنه إن كان إلى سنة بعتق الحنث إلى أجل فكان للمقاطعة عوض، وإن لم يكن إلى سنة كان معجلا فلم يكن لما أعطاه العبد عوض يرد.

ابن رُشْد: أما في الحلف بطلقة واحدة في المدخول بها فلا يرد الخلع اتفاقًا، وتمثيله بقول من قال إن قاطعتك إلى سنة معناه إن قاطعتك فأنت حر إلى سنة فالمعنى العتق لا المقاطعة وإلا بطل التمثيل؛ لأن طلاق الحنث حينئذ يكون معجلا، ولو كان طلاق الحنث ثلاثًا أو واحدة في غير مدخول بها أو عتق الحنث غير مؤجل، ففي رد الزوج والسيد العوض قولان لابن القاسم وأشهب، وهو مقتضى النظر والقياس لوجوب تقدم الشرط على المشروط، فالصلح واقع والعصمة باقية فيجب تمامه، وطلاق الحنث لغو واحدة كان أو ثلاثًا لوقوعه بعد الصلح في غير زوجة، وقول ابن القاسم بناء على جعل طلاق الحنث وعتقه قبل الشرط، وهذا منكر من قوله، إذ لو تقدم طلاق الصلح لوقع عليه بالصلح طلقة بائنة إذا كان الطلاق واحدة في التي دخل بها، وهذا لا يقوله هو ولا غيره.

قُلتُ: للخمي في المنتخبة: من قال أنت طالق إن صالحتك فصالحها حنث بطلقة اليمين، ثم وقعت عليها طلقة الصلح وهي في عدة منه يملك الرجعة، فلا يرد ما أخذ منها.

ابن رُشْد: وقول ابن القاسم هذا بناه على قول مالك فيمن قال لعبده إن بعتك فأنت حر فباعه؛ يعتق على البائع وليس بصحيح؛ لأن قول مالك في هذه استحسان على

غير قياس، والقياس فيها قول من قال لا شيء على البائع، وإنما ينبغي قياس المسألة على قوله إن اشتريت فلانا فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق.

قُلتُ: هذا الذي اختاره سبقه به اللخمي، ومقتضى جعله القول بمضي الخلع مخرجًا على الشاذ في مسألة العتق أنه عنده غير منصوص عليه خلاف نقله ابن رُشْد عن البرقي عن أشهب، وتخريجه على الشاذ إلغاء طلاق الحنث كإلغاء الطلاق المتبع للخلع على قول إسماعيل القاضي بإلغاء ما زاد على الواحدة في قوله قبل البناء أنت طالق أنت طالق.

يرد بأن الطلاق المتبع للخلع متأخر إنشاؤه عن الخلع فتأخر تقرره عنه فلم يجد محلا، وطلاق الحنث في مسألة الخلع متقدم إنشاؤه على وجود الخلع كتقدمه في كل طلاق معلق ولذا يلزمه حين وقوع الشرط، وإن كان المطلق بالتعليق حينئذ نائما، وتقدم إنشائه على الخلع يناسب جعل ثبوته مقارنا للخلع، فيلزم، ورده ابن عبد السلام بأن المعلق معلول للمعلق عليه شرعا، والمعلول مقارن الحصول لحصول علته في الوجود، كحركة الخاتم مع حركة الأصبع.

يرد بأن هذا بناء على لزوم مساواة العلة الشرعية للعلة العقلية في جميع أحكامها، وليس الأمر كذلك، التخلف في الشرعية لمانع جائزٌ، وفي العقلية ممتنع مطلقًا، وبأنه لو كان كذلك اجتمع الضدان في زمن واحد في قوله إن تزوجتك فأنت طالق، ويمنع كون حركة الأصبع علة لحركة الخاتم وإن قاله غيره؛ بل هما معلولا علة واحدة وهي الداعي المتعلق بهما كسبا لا تأثيرًا.

والمذهب أن التزام معاوضة كل بكل لا توجبه في جزء منه بمثله من الآخر منفردًا؛ لأن للهيئة الاجتماعية اعتبارا وقصدا، فقول ابن الحاجب: "لو قال طلقت ثلاثا على ألف، فقالت: قبلت واحدة على ثلثها لم تقع، ولو قبلت واحدة بألف وقعت" صواب.

وفيها: إن وهب عبدين فأثابه عن أحدهما ورد الآخر فللواهب أخذهما إلا أن يثيبه عنهما معًا؛ لأنها صفقة واحدة.

اللخمي عن محمد إن أعطته مالًا على طلاقها ثلاثًا فطلقها واحدة صح له ولا

حجة لها لنيلها بالواحدة ما تنال بالثلاث، وأرى إن كان عازمًا على طلاقها واحدة فلها الرجوع بكل ما أعطته لأنها للاثنتين أعطت، وإن كان راغبًا في إمساكها فعلى اعتبار شرط ما لا يفيد ترجع عليه بمناب الطلقتين، وقول محمد بناء على لغوه.

قُلتُ: قد يكون هذا الشرط مفيدًا؛ لأنه يتشوف لمراجعتها في الطلقة الواحدة بخلاف الثلاث فيكون قصدها بالثلاث الراحة من طلبه مراجعتها، وروى اللخمي: إن أعطته مالا على تطليقها واحدة فطلقها ثلاثًا لزمه ولا قول لها، وأرى إن كان راغبًا في إمساكها فرغبت في الطلاق أن لا قول لها، وإن كان رغب في طلاقها فأعطته على أن تكون واحدة أن ترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها إنما أعطته على أن لا يوقع الاثنتين لتحل له إن بدا لهما من قبل زوج.

قُلتُ: الأظهر رجوعها عليه بما أعطته مطلقًا؛ لأنه بطلاقه إياها ثلاثًا يعيبها لامتناع كثير من الناس من تزويجها خوف جعلها إياه محللا، فتسيء عشرته ليطلقها فتحل للأول.

ولو اشترت منه عصمته عليها أو طلاقه عليها أو ملكه عليها ففي كونه ثلاثًا أو واحدة بائنة، ثالثها: إلا أن ينوي واحدة لسماع عيسى ابن القاسم، وعيسى، وأَصْبَغ.

[باب في طلاق السنة]

وطلاق السنة ما كان في طهر لم يمس فيه بعد غسلها أو تيممها واحدة فقط[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما كان) معناه طلاق كان في طهر أخرج بالطهر الحيض؛ لأن الطلاق فيه بدعة وهو بدعي ويجبر على الرجعة فيه قوله: (لم يمس فيه) أخرج به إذا مسها في طهر فإنه لا يطلقها وطلاقها فيه بدعة مكروه وهل يجبر على الرجعة فيه كلام للشيخ ابن عبد السلام وغيره قوله: (بعد غسلها) أخرج به إذا لم تغتسل فإن طلاقها فيه بدعة قبل غسلها، وهذا الشرط مضى فيه الشيخ على ما قال في المدَوَّنة لا على ما قال في الجلاب والتلقين.

وقوله: (أو تيممها يعني) إذا لم تجد ماء وكذلك نص عليه عبد الحق وغيره أنه يبيح له طلاقها ونقل ابن حارث عن أصحاب مالك أن الطهر المبيح للصلاة يبيح طلاقها.

(فإن قلت): فإذا صلت بالتيمم هل يباح طلاقها بعد الصلاة.

(قُلتُ): وقع لعبد الحق ما يقتضي ذلك ولو صلت بحيث لا تتنفل به وتأمل في جري ذلك على المشهور

وفيها: يكره أن يطلقها في كل طهر طلقة.

أشهب: لا بأس به ما لم يرتجعها؛ لأن يطلقها. زاد اللخمي عنه: لو أراد أن يطلقها اثنتين أو ثلاثًا، فقيل له لا يجوز ذلك، فطلقها واحدة ثم ارتجعها، ثم طلقها أخرى ثم ارتجعها، ثم طلقها الثالثة فلا بأس؛ وإن كن في يوم. وغيره بدعي.

اللخمي: كونه اثنتين مكروه وكونه ثلاثًا ممنوع.

وفي كون كراهته في طهر مس فيه لتلبيسه عدتها بالأقراء أو الوضع أو خوف ندمه إن بان حملها قولان للقاضي. واللخمي قائلًا: إن طلقها قبل اغتسالها مضى.

وفيها: يطلق الحامل، والصغيرة، واليائسة متى شاء، والمستحاضة متى شاء، وإن كان لها طهر يعرف تحراه، ونقل ابن الحاجب أن المميزة كغير المميزة لا أعرفه نصًا، وتخريجه اللخمي على أن عدتها كغير المميزة سنة، يرد بنقل محمد فيها عدتها سنة. وإن طلقها في الدم الشبيه بالحيض جبر على الرجعة احتياطًا فيهما.

وفيها: له أن يطلقها قبل البناء وإن كانت حائضًا أو نفساء، ونهى عنه أشهب، وعزا له اللخمي الكراهة.

قال: وروى القاضي منعه وجوازه بناء على تعليله بالتطويل أو التعبد.

وفي تطليق الحامل في حيضها قول ابن شعبان وتخريج القاضي على منعه فيه قبل البناء، وعزاهما عبد الحق لأبي عمران وابن القصار وصوب الأول.

في كون التيمم لا يرفع الحدث قوله: (واحدة فقط) أخرج به إذا أطلق غير واحدة؛ لأنه بدعي قالوا طلاقه اثنين مكروه وثلاثا حرام.

(فإن قلت): إذا طلق واحدة ثم ارتجع ثم طلق واحدة ثم ارتجع ثم طلق واحدة هل ذلك سني ولفظ الرسم يصدق عليه.

(قُلتُ): نقل اللخمي عن أشهب جواز هذه الصورة ولك النظر في صادقية لفظ الشيخ على ذلك مع قوله فقط والظاهر خروجها عنه.

(فإن قلت): هلا قال الشيخ: عوض قوله بعد غسلها أو تيممها يحل لها فيه الصلاة وهو أخصر مما ذكر ووقع في الرواية كذلك.

(قُلتُ): يظهر إنه أراد أن يصرح بطهر التيمم للغرابة فيه؛ لأن أصله إنه على المشهور لا يرفع الحدث ولا يجوز الوطء به، ولو قال في رسمه طلاق السنة طلاق في طهر إلخ لكان أخصر مما ذكر.

وفي دم وضعها ولدًا وفي بطنها آخر قولان، وعزاهما عبد الحق لأبي عمران كدم حيضها.

ابن شاس: الخلع في الحيض كالطلاق، وقيل: يجوز؛ لأنه برضاها، وقيل: لضرورة الافتداء وعليهما جوازه برضاها دون خلع. ومنع خلع الأجنبي.

قُلتُ: لا أعرف نقل جوازه لغيره، والفاسد الذي لا يقر بإمضاء ذي حق فيه يفسخ في الحيض كنكاح المحرم، لا ما يصح بإمضاءٍ كالسيد في عبده والولي في محجوره.

ومن طلق لارتفاع الحيض فعاد قبل تمام طهرٍ في كونه كالحيض قولان لابن عبد الرحمن مع أبي عمران، وبعض شيوخ عبد الحق بناء على اعتبار المآل والحال.

وفي آخر لعانها: من قذف زوجته أو انتفى من حملها وهي حائض أو نفساء فلا يتلاعنان حتى تطهر، وكذا إن حل أجل تلوم المعسر بالنفقة أو العنين أو غيره فيه أخر طلاقه لطهرها، والمولى إن حل أجله ولم يف وهي حائض طلق عليه، وروى أشهب: لا تطلق حتى تطهر.

اللخمي: إن أخطأ الحاكم فطلق للإعسار ونحوه في الحيض لم يلزم بخلاف طلاق الزوج بنفسه؛ لأن القاضي فيه كوكيل على صفة ولأنه لو أجيز فعله لجبر الزوج على الرجعة ثم يطلق إذا طهرت فتلزمه طلقتان.

وفي جبر من طلق في حيض أو نفاس طلاقًا رجعيًا ولو حنث ما لم تنقض عدتها، أو ما لم تطهر من الحيضة الثانية؛ قولان لها مع ابن الماجِشُون، ولأشهب مع ابن شعبان، فإن أبى فقال ابن القاسم وأشهب: هدد، فإن أبى؛ سجن، فإن أبى؛ ضرب بالسوط، ويكون ذلك قريبًا في موضع واحد، فإن أبى ألزمه الحاكم الرجعة.

الباجي: إن أجبر على الرجعة ولم ينوها، ففي صحة استمتاعه بها قولا أبي عمران، وبعض البغداديين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من لم يجبر على الرجعة من طلاقه في الحيض حتى طهرت منه فطلقها جبر على الرجعة ما لم تنقض عدتها، ولو كان ارتجعها في حيضتها ثم

طلقها في طهرها منه لم يجبر.

ومن أبى الارتجاع من طلاق الحيض قضى عليه السلطان بها وأشهد على القضية عليه بذلك فكانت رجعة تكون بها امرأته أبدًا حتى إن خرجت من العدة وماتا توارثا.

ابن رُشْد: ظاهره أن إجباره بالإشهاد بها ذكر دون ضرب ولا سجن خلاف نقل محمد عن ابن القاسم وأشهب، والأظهر جواز استمتاعه بها برجعة القضاء عليه كارهًا، ولا نيَّة له كالسيد يجبر عبده على النكاح.

وسمع عيسى ابن القاسم: لمن أجبر على الرجعة أن يطأها إذا طهرت وهو يريد أن يطلقها في الطهر الثاني، ويؤمر في الرجعة من طلقة الحيض والنفاس التي أجبر عليها أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، وقول أبي عمران لو ارتجعها في حيض الطلقة اختيارًا دون إجبار كان له طلاقها في طهر حيض الطلقة هو مفهوم شرطها.

وسمع عيسى ابن القاسم لمن أمر بالرجعة من طلاق الحيض فراجع مريدًا طلاقها وطؤها.

ابن رُشْد: هو المأمور به، ولو ارتجعها كذلك ولم يصبها كان مضرًا آثمًا، ولو طلق في طهر حيض جبر فيه أو في طهر مس فيه أو قبل اغتسالها أو بدله لم يؤمر بالرجعة. وقول ابن عبد السلام: أظن أني وقفت على نقل: يجبر من طلق في طهر مس فيه على الرجعة ولا أتحققه الآن - لا أعرفه إلا قول عياض.

ذهب بعض الناس إلى جبره على الرجعة كمن طلق في الحيض.

عبد الحق: والتيمم يبيح طلاقها ولو صلت به.

قُلتُ: ظاهره ولو بعده بحيث لا تتنفل به.

وظاهر قول التلقين لطلاق السنة ستة شروط: كونها ممن يحيض مثلها، وكونها طاهرًا غير حائض ولا نفساء، وكونها في طهر لم يمس فيه، وكونه تاليًا لحيض لم يطلق فيه، وكون الطلقة واحدة، والسادس: أن لا يتبعها طلاق ـ جوازه برؤية الطهر، ونقله ابن عبد السلام غير معزو وهو ظاهر لفظ الجلاب وابن فتحون وغير واحد خلاف نصها، وقال ابن حارث: اتفق مالك والرواة من أصحابه أنه لا ينبغي طلاق المدخول

بها إلا وهي طاهر غير حائض ولا نفساء طهرًا يحل لها به الصلاة.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم إن ادعت طلاقه إياها وهي حائض، وقال: بل وهي طاهر فالقول قوله.

ابن رُشْد: وعنه أن القول قولها ويجبر على الرجعة، وقاله سَحنون.

الصقلي: لو قال قائل ينظر إليها النساء بإدخال خرقة بنفسها ولا كشفة في ذلك لرأيته صوابًا؛ لأنه حق للزوج كعيوب الفرج والحمل، ولأنها تتهم على عقوبة الزوج بالارتجاع.

قُلتُ: وفي طرر ابن عات ما نصه: حكى ابن يونس[1] عن بعض الشيوخ أن النساء ينظرن إليها كالعيوب. قال: وقال ابن الموَّاز إن كانت حين تداعيهما حائضًا قبل قولها وإن كانت حينئذ طاهرًا قبل قوله لا قولها.

ولو قال وهي حائض أنت طالق للسنة، أراد إذا طهرت ففي تعجيله ويجبر على الرجعة، وتأخيره لطهرها قولها، ونقل اللخمي عن أشهب.

ولو قال ثلاثًا للسنة ففيها مع الشيخ عن سَحنون وقعن عاجلًا.

ابن شاس: على المشهور ولا أعرف الشاذ بحال. وقبله ابن عبد السلام وقرر وجوده بقول ابن الماجِشُون: يقدر وقوع الطلاق المؤجل واقعًا في أجله، وابن القاسم يقدره معجلًا، فعلى قول ابن الماجِشُون تلزمه طلقتان فقط؛ لأن الطلقة الثالثة يقدر وقوعها في الطهر الثالث، وإنما يكون بعد الحيضة الثالثة، وبأولها تخرج من العدة وتصير أجنبية فلا تلحقها هذه الطلقة.

قُلتُ: هذا وهم؛ لأن الطهر الثالث إنما يكون بعد العدة إذا اعتبرت الحيضة التي وقع فيها الطلاق من العدة. وابن الماجِشُون: لا يعتبرها منها؛ لأن في النوادر ما نصه

---

(1) هو: أبو بكر، محمد بن عبد الله بن يونس التميميّ الصقلي، أحد العلماء وأئمّة التّرجيح، الفقيه المالكيّ. أخذ العلم عن: أبي الحسن الحصائري، وعتيق بن عبد الحميد، وأخذ عن شيوخ القيروان منهم: أبو عمران الفاسيّ. من مؤلّفاته: الجامع لمسائل المدَوَّنة وشرحها، عليه اعتماد طلبة العلم. توفي: سنة: 451هـ.

وانظر ترجمته في: شجرة النّور الزّكيّة، ص: 111، والدّيباج المذهب، ص: 284.

من المجموعة وكتاب ابن سَحنون: قال عبد الملك فيمن قال لزوجته ـ يريد وهي طاهر ـ أنت طالق كلما حضت؛ طلقت ثلاثًا، يريد مكانه.

قال: وانظر فإن وجدت غاية الطلاق يأتي في العدة فأوقعه الآن أو ما دخل في العدة منه، فإن وجدت العدة تنقضي قبل ذلك فأسقط ما جاوز العدة منه، ففي مسألتك جعل الطلقة الأولى في الحيضة وتلك الحيضة لا تدخل في العدة والعدة بعدها؛ يريد: وقد لزمته طلقة.

قال: والطلقة الثانية والثالثة جعلها في كل حيضة من العدة طلقة، فتتم ثلاثة تتم العدة ثم تحل بالحيضة الثالثة، وذكره ابن سَحنون ثم قال: وخالفه سَحنون وقال: بل تعتد بالحيضة الأولى فيقع بذلك طلقتان. انتهى.

قُلتُ: وهذا نص من عبد الملك على أن الحيضة الآتية لا يعتبرها من العدة لوقوع الطلاق فيها تقديرًا، فإذا كان واقعًا فيها تحقيقًا فأحرى.

الشيخ عن ابن سَحنون عن أبيه: لو قال أنت طالق ثلاثًا للسنة فكأنه قال لها أنت طالق كلما طهرت فيلزمه الآن ثلاثًا؛ لأن الثلاث التي عجلت عليه تقع عليها قبل فراغ العدة؛ لأن واحدة تقع إذا طهرت، وثانية في الطهر الثاني، وثالثة في الثالث بانقضائه تنقضي العدة، وكذا لو قال لها وهي طاهر أنت طالق ثلاثا للسنة، وهذا يدخل في قول ابن القاسم.

وذكر في ترجمة أخرى عن ابن سَحنون عن سَحنون، إن قال أنت طالق إذا حضت الأولى، وأنت طالق إذا حضت الثالثة، وأنت طالق إذا حضت الخامسة، لا تقع عليه إلا طلقة؛ لأن ما زاد عليها لا يقع إلا بعد العدة.

ومن المجموعة وبعضه من كتاب ابن سَحنون: إن طلقها واحدة، ثم قال أنت طالق كلما حضت وقعت الثلاث، ولو قال أنت طالق، وإذا حضت ثانية بعد أولى فأنت طالق، وإذا حضت ثالثة فأنت طالق، لزمته طلقتان الطلقة الأولى وطلقة عجلت عليه.

الشيخ: يريد وقعت الثالثة بعد انقضاء العدة بدخولها في الحيضة الثالثة.

ابن سَحنون عنه: لو قال لمدخول بها لا تحيض أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن عاجلا، كأنه قال أنت طالق الساعة، وطالق ثانية إذا أهل الشهر، وطالق ثالثة إذا

أهل الشهر.

قال: ولو قال لغير مدخول بها: أنت طالق ثلاثا للسنة لم تلزمه إلا طلقة إذ لا عدة عليها فوقعت الطلقتان وهي غير زوجة كقوله لها أنت طالق اليوم وطالق غدا وطالق بعد غد، وليس كمن نسق بالطلاق في مقام واحد؛ بل كمن قال لمدخول بها أنت طالق اليوم، وطالق إذا حضت الحيضة الثالثة، أو إذا مضت عشر سنين، ولو قال لحائل أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن حينئذ كأنه قال أنت طالق الساعة، وطالق ثانية إذا أهل الشهر، وثالثة إذا أهل الشهر الثاني، ولو قال لحامل أنت طالق ثلاثا للسنة لم يلزمه إلا واحدة، كأنه قال طالق الساعة وطالق إذا وضعت، وبالوضع تتم عدتها.

قال ابن سَحنون: إلا أن يعني في الحامل طلاق السنة على رأي العراقيين أنه يطلقها كل شهر طلقة حتى تتم الثلاث مكانه، كذا قال سَحنون.

قُلتُ: في قوله في التي لا تحيض أنها ثلاث تطليقات نظر؛ لأن طلاق السنة فيها إنما هو طلقة واحدة؛ لأن عدتها مجموع ثلاثة أشهر لا فصل فيها بحيض كمدة حمل الحامل، فكما قدر في الحامل الزائد على الواحدة بعد وضعها، كذا يجب تقديره في التي لا تحيض بعد الثلاثة الأشهر، وتمام الأشهر كالوضع في انقضاء العدة به.

قال: وإن قال لها قبل البناء أنت طالق للسنة، أو قال للبدعة، أو قال لا للسنة ولا للبدعة، أو قاله لمدخول بها حامل، لزمته مكانه طلقة، وكذا إن لم تكن حاملًا، وهي ممن لا تحيض، ولو قال لها وهي حائض أنت طالق كلما حضت لزمه الطلاق مكانه.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم له إنما يلزمه طلقتان فتأمله.

قال: وإن قال لها وهي حائض أو طاهر أنت طالق ثلاثا عند كل قرء طلقة، وقعت الثلاث، وإن قال لها ذلك وهي حامل، فإن كانت لا تحيض على حملها لزمته طلقة فقط؛ لأن الزائد جعله بعد انقضاء عدتها بالوضع، فإن كانت لم تحيض على حملها عجلت عليه طلقة، ونظرنا فإن تمادى الحمل حتى تطهر ثلاثة أطهار لزمته الثلاث، أو قرءان فتلزمه طلقتان يوم قال ذلك، وإن لم تحض حتى وضعت لم يلزمه غير طلقة.

قُلتُ: كذا نقلها الشيخ ولم يزد، ولا تتم إلا بحمل قوله: (لا تحيض) على التي علم الزوج ذلك منها، فصار طلاقه المعلق على قربها كتعليقه عليه بعد وضعها، وحمل قوله:

(فإن كانت لم تحيض) على من لم يعلم ذلك منها.

قال: وكذا في أنت طالق الساعة، وطالق إذا مضى شهر، وطالق إذا مضى شهر ثان، إن وضعت قبل مضي شهر لزمته طلقة فقط، وبعد مضيه طلقتان، وبعد شهرين ثلاث، وإن قال لمستحاضة أنت طالق ثلاثا عند كل قرء، فإن كانت مميزة وتعتد بها في قول ابن القاسم لزمته الثلاث. قاله في حيضها أو استحاضتها، وإن كانت غير مميزة لزمته طلقة فقط، والطلقتان وقعتا وهي غير زوجة.

الشيخ عن ابن سَحنون عن أبيه أنت طالق واحدة عظيمة أو كبيرة أو شديدة أو طويلة أو خبيثة أو منكرة أو مثل الجبل، أو أنت طالق إلى الصين أو إلى البصرة، كله سواء؛ فيه طلقة واحدة رجعية حتى ينوي أكثر، وكذا أنت طالق خير الطلاق أو أحسنه أو أجمله أو أفضله، أو أنت طالق لخلاف السنة، وقوله أنت طالق أكثر الطلاق أو أقبحه أو أسمجه أو أشره أو أقذره أو أنتنه أو أبغضه ثلاث في الجميع، وكذا أكمل الطلاق وقبلها الشيخ، وقول ابن عبد السلام في طلقة عظيمة إلى قوله إلى البصرة لا يبعد على القول بالثلاث في طلقة بائنة أن يلزمه في هذه الثلاث؛ يرد بأن أثر البينونة منحصر في العصمة ورفعها ملزوم للثلاث، وأثر صفة الطلقة في الصور المقيسة غير منحصر في العصمة، لجواز رجوعه لما توجبه الطلقة من الغم الذي لأجله شرعت المتعة.

وقوله: ولا يبعد استحلافه في أنت طالق بخلاف السنة؛ لأن من المخالفة للسنة طلاق الثلاث في لفظ واحد، يرد بأن الحلف إنما يتوجه حيث يتقرر رجحان نقيض المدعى بوجه ما.

وقد اختلف في محاشاة الزوجة في "الحلال عليه حرام" هل يلزمه يمين أم لا؟ فعلى الحلف فيها لا يلزم مثله في الصور المذكورة لرجحان دخول الزوجة عملا بالعموم وخوف إهمال اللفظ عن معنى حكمي، ولفظ أنت طالق بخلاف السنة صدقه على طلاق الحيض والثلاث على سبيل السوية دون مرجح.

[باب في شرط الطلاق]

وشرط الطلاق: أهل ومحل والقصد مع اللفظ أو ما يقوم مقامه من فعل أو إشارة سبب[1]، وجعل ابن شاس وابن الحاجب تابعين للغزالي الكل أركانا له، يرد بأنها خارجة عن حقيقته، وكل خارج عن حقيقة الشيء غير ركن له.

[باب الأهل]

الأهل: الموقع شرطه الإسلام على المعروف[2].

اللخمي: وقال المغيرة يلزم الكافر طلاقه ويحكم به عليه، إن أسلم بعده احتسب به، ولو رضي الكافر المطلق بحكم الإسلام عليه، ففي لغوه لاعتبار صفته وحكمه بالفراق مجملًا دون الثلاث، ثالثها: بالثلاث، ورابعها: إن كان عقده مخالفًا لشروط الصحة لم يلزمه شيء، وإن كان صحيحًا لزمه الطلاق، لابن الكاتب مع ابن أخي هشام، وغير واحد، والقابسي، وابن شبلون، والشيخ.

---

(1) قال الرَّصاع: سيأتي تفسير ما فسر به الشرط.

قال الشيخ: وابن شاس وابن الحاجب تبعا للغزالي: في كونه صير المذكورات أركانا للطلاق قال ما معناه وذلك مردود؛ لأنها خارجة عن حقيقته وكل خارج عن حقيقة الشيء غير ركن له فهذا كلام صحيح في نفسه فركب قياسًا من الشكل الأول الصغرى فيه محصلة موجبة والكبرى موجبة معدولة المحمول والصغرى يبحث فيها بما نذكره بعد وبعض شيوخنا عارض كلامه هنا بسكوته عن الرد بمثل هذا في النكاح على الشيخ ابن عبد السلام ومن تبعه في كون الصيغة ركنا من النكاح وعندي ليس فيه سكوت بالمعنى؛ لأنه صرح بأن الأركان أجزاء حسية فالمركب حسي فهو مسلم له ذلك فيما جعله جزءًا له، وفيما ذكر الشيخ هنا من البحث مع ابن الحاجب بحث لا يخفى عليك وذلك أن نقول قوله: المذكورات خارجة عن حقيقته إن عنى عن الطلاق المحدود عنده فمسلم وابن الحاجب لم يحده بذلك ولم يتعرض له وإن عنى الطلاق الحسي الذي أركانه الحسية أجزاء له فليست بخارجة من ذلك بل داخلة فيه والحاصل أن الطلاق يطلق على معنيين ما عرفه الشيخ، ولا شك أن المذكور هو إنما شرط فيه، ويطلق على صورة خارجية، ولا شك أن المذكورة أجزاء له، ولا يكتفي بهذه عن رسم المعنوي والله سبحانه أعلم.

(2) قال الرَّصاع: الأهل هو الموقع للطلاق وشرطه الإسلام والتكليف وما يفرع على ذلك من مسائله جلي.

وفي ثالث نكاحها إن طلق نصراني زوجته في عدة إسلامها دونه ثم أسلم فيها فطلاقه لغو، أسلم في عدتها أو تزوجها بعدها.

اللخمي: يريد إن تركت حقها في الطلاق، فإن قامت به منع من رجعتها؛ لأن في الطلاق حقًا لله تعالى وحقًا لها، ولها منعه من رجعتها بعد تطليقتين إن تزوجها بعد إسلامه؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر، كما لو وهبها نفسها أو دينارًا أو عبده المسلم نفسه، وفي ثاني عتقها إن أعتق نصراني عبده النصراني ثم أراد رده في الرق أو بيعه لم يمنع إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام، فيحكم بحريته.

والصبي كذلك: اللخمي: اختلف في طلاق من لم يحتلم، فقال مالك: لا يلزمه، وقال في مختصر ما ليس في المختصر: إن قال من ناهز الحلم إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فرق بينهما، فطلاق فاقد العقل ولو بنوم لغو.

وسمع ابن القاسم جواب مالك عن مريض ذهب عقله وطلق امرأته، ثم أفاق فأنكر ذلك، وزعم أنه لم يكن يعقل ما صنع ولا يعلم شيئًا منه أنه يحلف ما كان يعقل ويترك وأهله، فأطلقه الباجي.

ابن رُشْد: إنما ذلك إن شهد العدول أنه يهذي ويختل عقله، وإن شهدوا أنه لم يستنكر منه شيء في صحة عقله، فلا يقبل قوله ولزمه الطلاق. قاله ابن القاسم في العشرة، وفي الأيمان بالطلاق منها ما طلق المبرسم في هذيانه وعدم عقله لم يلزمه.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم فيمن سقي السيكران فحلف بعتق أو طلاق وهو لا يعقل شيئًا لا شيء عليه كالبرسام، وهو شيء لم يدخله على نفسه إذا كان إنما يسقاه ولا يعلمه، وقاله أَصْبَغ، ولو أدخله على نفسه وشربه على وجه الدواء فأصابه ما بلغ ذلك منه فلا شيء عليه.

ابن رُشْد: قوله: (لا شيء عليه) صحيح لا اختلاف فيه؛ لأنه كالمجنون، وقوله: (إذا كان إنما يسقاه ولا يعلمه) فيه نظر؛ لأنه يدل على أنه لو شربه وهو يعلم أنه يفقد عقله، لزمه ما أعتق أو طلق وإن كان لا يعقل، وهذا لا يصح أن يقال به، وإنما ألزم من ألزم السكران طلاقه وعتقه؛ لأن معه بقية من عقله، لا؛ لأنه أدخل السكران على نفسه، وقول من قال لأنه أدخل السكر على نفسه غير صحيح، فإن كان سكر شارب السيكران كسكر الخمر ويختلط به عقله كالسكران من الخمر فله حكمه، ويمكن أن

يفرق فيه بين أن يدخله على نفسه ليسكر به أو يسقاه وهو لا يعلم، وقاله ابن الماجِشُون وهو على قول ابن وَهْب أن السكران إنها ألزم الطلاق؛ لأنه أدخل السكر على نفسه.

وطلاق السكران: أطلق الصقلي وغير واحد الرويات بلزومه، وقال ابن رُشْد: إن كان لا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون اتفاقًا، ونحوه قول الباجي: إن كان لا يبقى معه عقل جملة لم يصح منه نطق ولا قصد لفعل، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لكان كالمغمى عليه.

ابن رُشْد: وأما السكران المختلط فطلاقه لازم، وقال محمد بن عبد الحَكم: طلاقه لا يجوز، وذكره المازري رواية شاذة.

وطلاق ذي المرض المخوف: وإقراره به في صحته كالصحيح مطلقًا إلا أنها ترثه إن مات منه موتا لا يرفع إرثها إياه إلا طلاقه ولو كان بائنًا وقبله في الصحة رجعي لم يرتجعها منه ومات بعد عدتها لم ترثه، وفي الكافي قول بإرثها إياه بناء على اعتبار المآل أو تهمته حين أبانها، لما في الموطأ قضى به عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف.

قُلتُ: لعانه إياها في مرضه كطلاقه.

اللخمي: لو كان العقد في صحته والحنث في مرضه ففي كونه كذلك ونفي إرثها، قولها ورواية المدنيين: إن قال لها في صحته إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلتها في مرضه عصيانًا وخلافًا لم ترثه مع قول المغيرة: من حلف ليقضين فلانا حقه، فمرض الحالف وحنث في مرضه، إن كان مليًا ورثته، وإن كان فقيرا طرأ له مال لم يعلم به لم ترثه، وهو أحسن، وعزا الباجي الأول لمشهور مذهب أصحابنا.

قال: وروى زياد بن جعفر لا ترثه.

قال المتيطي إثر هذا الكلام. **قال** أبو الحسن: فعلى القول الأول لا ترثه إذا خالعها في مرضه؛ لأنه أبين في البراءة من التهمة؛ لأنه باختيارها، وجعل ابن شاس وابن الحاجب الملاعن في المرض من ذلك بعيد؛ لأنها فيه غير مختارة لخوف حدها برميه ولعانه إلا أن يروى فيه خلافا نصا.

ولو طلق أمة أو ذمية فعتقت وأسلمت بعد العدة قبل موته ففي إرثها إياه قولا محمد وابن الماجِشُون وعزاهما الباجي لسماع أَصْبَغ ابن القاسم، وسَحنون قال: ولابن

القاسم من مات فشهدت بينة أنه كان طلق امرأته البتة في صحته ورثته كمن طلق في مرضه؛ لأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم، ولو وقع يوم القول كان فيه الحد إن أنكر الطلاق وأقر بالوطء.

قُلتُ: سمع ابن القاسم من شهد عليه أنه طلق امرأته البتة وقد ماتت لا يرثها، ولو كان قد مات ورثته.

سَحنون: معناه أن الشهود كانوا قياما معه فلم يقوموا حتى مات.

ابن رُشْد: قول سَحنون غير صحيح، لو كان كما قال لبطلت شهادتهم وورث كل منهما الآخر، وسبب وهم سَحنون هو ما في المدَوَّنة من الأيمان بالطلاق ليحيى بن سعيد في شهود شهدوا على رجل بعد موته أنه طلق امرأته لا تجوز شهادتهم إن كانوا حضورًا ولامرأته الميراث، وكذا كان يقول يحيى بن سعيد: لو ماتت هي أن له الميراث لسقوط شهادتهم بحضورهم، ومعنى مسألة مالك أن الشهود كانوا غيبا، وكذا هو في رسم حمل صبيًا من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق، ومالك أحق بتبيين ما أراد، ووجه تفرقته هو أنه إذا كان الميت فلم يعذر إليه في شهادة الشهود، ولعله لو أعذر إليه فيهم لأبطل شهادتهم، فرأى لها الميراث؛ لأن الشهادة لا يحكم بها إلا بعد الإعذار، وإن كانت هي الميتة أمكن أن يعذر إليه، فإن عجز عن الدفع وجب الحكم بالطلاق يوم وقع فلم يكن له ميراث منها.

وقال محمد: إنما ورثته ولم يرثها؛ لأنه كالمطلق في المرض؛ لأن الطلاق وقع يوم الحكم، ولو لم يقع يوم الحكم كان فيه الحد.

قال أبو إسحاق: هو كلام فيه نظر؛ لأن الحاكم إنما ينفذ شهادة البينة وهي تقول: إن الطلاق وقع قبل الموت، وإنما درئ الحد للشبهة إما لنسيانه، وإما لإمكان أن يكون صادقا في تكذيبه البينة، ولو كان الطلاق وقع بعد الموت لورثها هو أيضًا.

والقياس أن لا ترثه كما لا يرثها؛ لأن الإعذار يجب لهما معا، فكما لا يرثها وإن لم يعذر إليها لا ترثه وإن لم يعذر إليه، وهو قول سَحنون ويحيى ابن عمر.

المتيطي: قول ابن إسحاق معترض بأنه يلزم عليه أن لو شهد أربعة على رجل بالزنا وأنكرها أن يسقط عنه الحد لإمكان صدقه وهذا لا يقوله أحد.

وذكر الأبهري المسألة على ما تقدم من التفرقة بين موته وموتها، وقال: يحتمل أن يكون معنى المسألة أنه طلقها في مرضه ثلاثًا فترثه ولا يرثها.

قُلتُ: يرد تعقبه على أبي إسحاق بأن الشبهة عنده هي مجموع ما ذكر، وإمكان نسيانه حنثه في زوجته.

وسمع ابن القاسم من شك في حنثه في يمينه بالطلاق فوقف عنها واستفتى ثم بان له حنثه، تعتد من حين وقف عنها لا من حين بان حنثه.

قيل لابن القاسم: فإن ماتت قبل ذلك. قال: ينظر فإن كان يحنث في يمينه لم ترثه وإلا ورثته.

ابن رُشْد: قوله: (تعتد من حين وقف) صحيح لا اختلاف فيه؛ لأن الطلاق وقع عليه يوم حنثه لا يوم بان، وقوله: (إن كان يحنث لم ترثه وإلا ورثته) في بعض الكتب لم ترثه ولم يرثها ليس بخلاف لما تقدم والفرق بينهما أن الرجل في هذه لم يزل مقرا على نفسه بما أوجب عليه الطلاق، فوجب أن لا ميراث بينهما بعد وقوع الطلاق، والمسألة الأولى هو منكر لشهادة الشهود فوجب الإعذار إليه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أقر لقوم أنه بارأ امرأته، ثم زعم أنه كان مازحًا ولم يبارئ، وأنكرت هي أن تكون بارأته إن شهد عليه بإقراره بانت منه بواحدة ولا رجعة له إلا بنكاح جديد، وإن مات أحدهما في عدتها ورثته ولم يرثها.

ابن رُشْد: قوله في الميراث لا يصح بوجه لقوله: إذا شهد عليه بإقراره بانت منه بواحدة ولا رجعة له عليها، فقوله: ولا رجعة له عليها يدل أن الشهادة كانت عليه في حياته، فإذا حكم عليه في حياته بأنها بائنة منه وجب أن لا ميراث بينهما، ولو كانت الشهادة عليه بعد موته لوجب على ما تقدم في سماع ابن القاسم أن ترثه ولا يرثها.

وفيها: لا تجوز الوصيَّة المطلقة في المرض وإن تزوجت أزواجًا؛ لأنها ترثه، وإن قتلته في مرضه خطأ بعد طلاقه فالدية على عاقلتها وترث من ماله دونها، وإن قتلته عمدًا لم ترث من ماله وقتلت به، فإن عفي عنها على مال لم ترث منه.

وفيها: لا يرفع إرثها إياه نكاحها غيره، ولو تعدد ولو طلقها كل منهم في مرضه ورثت الجميع ولو كانت زوجًا لغيرهم.

وصحته بعده تصيره كطلاق صحيح ولو كرره في مرض آخر، ما لم ترفعه رجعة أو نكاح، فالمعتبر ما بعده في صحة أو مرض.

وفيها: من قتل على ردته في مرضه لم يرثه ورثته ولا زوجته إذ لا يتهم أحد بردة على منع إرث.

اللخمي: إن قتل على ردته لم يورث اتفاقًا، ولو عاجله الموت؛ فثالثها: إن لم يتهم، لها، ولنقل ابن شعبان والموازيَّة قال: إن ورثه بعيد ومن يعلم أن بينه وبينه عداوة حين إرثه، وإن مات بعد إسلامه ورثه ورثته غير الزوجة على قول ابن القاسم: ردته طلاق، وترثه على قول أشهب وعبد الملك إن إسلامه يوجب بقاءها زوجة دون طلاق.

قُلتُ: الأظهر أن ترثه زوجته على قول ابن القاسم أيضًا؛ لأنه مطلقٌ في المرض ورافع تهمته قتله والفرض نفيه لإسلامه.

اللخمي: لو طلقها في مرضه ثلاثا ثم ارتدت ثم تابت ثم مات من مرضه لم ترثه، وجعل التونسي الطلاق عليه في مرضه بجنون أو جذام كالردة واضح إلا أن في الحكم عليه به في مرضه نظرًا والصواب تأخيره ونقل ابن عبد السلام عنه أن النشوز منها في المرض كالردة مشكل إذ لا أثر للنشوز في الفرقة.

ابن محرز: لم يذكر في الكتاب لو كان لعانه بولد نفاه هل ينتفي في مرضه؟ والصواب نفيه، ولا تهمة في النسب لصحة استلحاقه في مرضه.

وفيها: المفلوج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص والمقعد وذو الخراج والقروح إن أرقده ذلك وأضناه وبلغ به حد الخوف عليه، فله حكم المريض وما لم يبلغ ذلك منه فله حكم الصحيح.

الباجي: صفة المخوف ما رواه ابن عبد الحَكم ما أقعد صاحبه عن الدخول والخروج، وإن كان جذامًا أو برصًا أو فالجًا وليس اللقوة والريح والرمد إذا صح البدن كذلك، وكذا ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف.

محمد: لم يختلف قول مالك وأصحابه في أن الزحف في الصف كالمرض.

قُلتُ: فآخر المتطاول وأوله إن اعتقبه الموت مخوف، واختلف إن طال مرضه بعد طلاقه ثم مات، فمقتضى قول مالك فيها "إن تزوجت أزواجا كلهم يطلقها في مرضه، ثم تزوجت آخر والذين تزوجوها أحياء أنها ترث جميعهم" أنه مخوف، ومثله قول القاضي: السل مخوف ولم يفرق بين طول وقصر، وقال ابن الماجِشُون: المتطاولة كالسل والربع

والطحال والبواسير ما تطاول منها كصحة، وإن مات قبل طوله فمخوف وهو أحسن.

وقال عياض بعد ذكر أخذ اللخمي من تعدد الأزواج: إن المتطاول مخوف قد يتفق هذا في المدة القريبة فإن جميعهم لم يبن بها، واتفق مرض جميعهم أويكون الأول تركها حاملًا فولدت للغد ونحوه، ثم تزوجها آخر فمرض لأمد قريب، ثم ثالث مات بخرج، وكذا حتى اتفق في أيام يسيرة أو بأنه فرض مسائل تكلم عليها إن اتفقت، وفي كون الخروج لسفر أو غزو كمرض قولان لسماع ابن القاسم مع أول قولي ابن وَهْب، وثانيهما مع سماع عبد الملك ابن القاسم، وفي كون ركوب البحر كالمرض، ثالثها: حال الهول فيه، لابن رُشْد عن ظاهر نقل سَحنون عن مالك فيها ورواية ابن القاسم فيها، ودليل سماع عبد الملك رواية ابن القاسم.

ابن رُشْد: وهو أظهرها، والذي تجمح به دابته مثله يدخله ما يدخل راكب البحر حال الهول من الخلاف، والحبس للقتل صبرًا كالمخوف اتفاقًا، وكذا الأسير في أول أمره قبل أن يستحكم أسره على ما حكاه ابن حبيب وهو تفسير لسماع أبي زيد.

ابن رُشْد: ركوب البحر في موضع الغالب فيه السلامة كركوب البحر الميت والنيل ودجلة كالصحة، وفي غيره قولان.

وفيها: قلت: إن قرب لضرب حد أو قطع يد أو رجل فطلق امرأته فضرب أو قطعت يده فمات من ذلك أترثه؟ قال: لم أسمع فيه شيئًا إلا أن مالكًا قال: فيمن يحضر الزحف أو يحبس للقتل كالمريض فضرب الحد، وقطع اليد إن خيف منه الموت كما خيف على الحاضر للقتال فهو كالمريض.

عياض: عارضها بعضهم بأنه لو خيف موته من حده لم يقم عليه، وأجيب بأن هذا لم يقصد الكلام عليه وقيل لعله فعله من يراه من الحكام أو من فعله جهلا، وأجاب القابسي بأن الخوف عليه بعد إقامته، وهذا إحالة للمسألة لوجهين: الأول: أنه قال في المسألة لضرب حد، والثاني: قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف ولو كان كما قال كان مريضًا لم يختلف فيه، وقال الشيخ: إن الخوف المذكور خوف الجزع كما يحضر حاضر الزحف وهذا أولى، ولو كان قطع حرابة أقيم مع الخوف عليه.

وفيها: من طلق في مرضه قبل البناء ثم تزوجها قبل صحته فلا نكاح لها إلا أن يدخل بها فيكون كمن نكح في المرض وبنى فيه.

عبد الحق عن بعض القرويين: يفسخ ولو بنى وليس كما قيل يثبت بالبناء كالنكاح بالغرر؛ لأن هذا المهر إنما هو في الثلث ولا يعلم ما يحمله منه فهو غير مستقر، ونكاح الغرر المهر فيه ثابت وهو ظاهر لفظ الكتاب، كمن نكح في المرض وبنى فيه، وربع دينار ثابت للمرأة من رأس المال تحاصص به غرماءه، والذي في الثلث ما زاد عليه.

ابن محرز: قال سَحنون لها تفسير ووجد له في موضع آخر أنه يفسخ قبل البناء لتهمته أن يعطيها ماله بغير شيء، فإن بنى بها استحقت مهر مثلها في ثلثه ولم يكن لفسخه معنى.

قال شيخنا أبو الحسن: ولها ربع دينار في رأس ماله وبقية مهر مثلها في ثلثه.

قال المذاكرون: وإنما فسد النكاح وإن كان الميراث ثابتًا لها بطلاقها في المرض للغرر في المهر هل هو في رأس ماله أو في ثلثه، ولو تحمل به غيره في عقده كان صحيحًا.

ولما ذكر الصقلي إنكار بعض القرويين قول سَحنون بمضيه بالبناء واحتجاجه بغرر احتمال كونه في الثلث أو في رأس المال.

قال: إلا أن يكون له مال مأمون في ثلثه أضعاف المهر فيصح قول سَحنون.

قال: وقال أبو عمران: لو حمل أجنبي المهر لم يفسخ النكاح بثبوت المهر في مال الأجنبي والإرث بالنكاح الأول، ولو كان على وجه الحمالة لكان كمسألة الكتاب؛ لأن الأجنبي إنما يطالب بالمهر في عدم الزوج.

الصقلي: يجب أن يثبت؛ لأن المهر ثابت على كل حال.

[باب المحل]

[المحل] وهو العصمة، وشرطه مقارنة إنشائه تحقيقًا أو تقديرًا لامتناع وجود حال دون محل(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (وهو العصمة).

(فإن قلت): تفسير المحل بالعصمة تفسير بالمساوي أو الأخفى ولم يبينها بعد.

(قُلتُ): كأنه رأى أن العصمة مشهورة، وفيه ما لا يخفى عليك مما يرد به على شيخه وغيره: والصواب

فيها مع غيرها: لو قال لأجنبية أنت طالق أو طالق غدا فتزوجها قبله لم يلزمه، إلا أن يريد إن تزوجتك، وكذا أنت طالق إن كلمت فلانًا فكلمه بعد تزوجها.

وفيها: إن نكحتك فأنت طالق فتزوجها لزم طلاقها، ولها نصف المسمى، فإن بنى ولم يعلم فعليه صداق واحد لا صداقٌ ونصف كمن وطئ بعد حنثه ولم يعلم وليس عليها عدة وفاة إن مات إنما عليها ثلاث حيض.

وسمع أبو زيد: كتب صاحب الشرطة لابن القاسم فيمن دخل بامرأة حلف بطلاقها البتة إن تزوجها، فكتب إليه لا تفرق بينهما، بلغني عن ابن المسيب أن رجلا قال حلفت بطلاق فلانة إن تزوجتها.

قال: تزوجها وإثمك في رقبتي، وزعم أن المخزومي ممن حلف أبوه على أمه بمثل هذا.

ابن رُشْد: مشهور المذهب أن يفرق بينهما على كل حال وإن دخلا، ومراعاة ابن القاسم في الخلاف شذوذ.

أبو عمر: بمثل رواية أبي زيد عن ابن القاسم أفتى ابن وَهْب، وقال: نزلت بالمخزومي، فأفتاه مالك بذلك، وقاله محمد بن عبد الحَكم، وحكى عن ابن القاسم أنه توقف فيه في آخر أيامه.

قال: وكان عامة مشايخ أهل المدينة لا يرون به بأسا، وروي عنه ﷺ في نحو هذا

=

رسمها قوله: (مقارنة إنشائه) أخرج به إذا لم يقارن إنشاء الطلاق المحل فلا بد أن يكون في محل، وعصمة تحقيقا لوجودها حسا، ووقع الطلاق فعلًا أو تقديرًا كما إذا علق طلاقا في أجنبية على تقدير تزويجها، ولذا قال فيها إذا قال لأجنبية: أنت طالق لا يلزمه شيء إلا أن ينوي إن تزوجتها، وفيه دليل على أن التعليق يكون من غير لفظ اللافظ، ولو بسياق أو نيَّة وهذا الشرط الأول للمحل، وذكر: شرطا آخر بعد قال فيه: وشرط اعتبار المحل مقارنة سبب الطلاق، وإنما زاد ذلك في شرط اعتبار المحل ليدخل صورة المدَوَّنة وغيرها إذا حلف بطلاقها ثلاثا لا أكلت هذا الرغيف ثم أبانها فأكلته أو لم يبنها بالثلاث فلا شيء عليه وإن راجعها وأكلت بقيته حنث ولزمه الطلاق، ولو بعد زوج، فإن أبانها بالثلاث ثم راجعها وأكلت فلا طلاق عليه فلذا قال: شرط اعتبار المحل أيضًا مقارنة سبب الطلاق فتأمله وسبب الطلاق هو ما قدمه من القصور مع اللفظ وانظر ما هنا من المسائل المرتبة على ذلك وفيها أبحاث تأمل ذلك فيه.

القول أحاديث من وجوه كثيرة إلا أنها عند المحدثين معلولة، ومنهم من صحح بعضها، ولم يرو عنه ﷺ ما يخالفها، أحسنها ما خرج قاسم قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا طلاق إلا من بعد نكاح»**[1]، وروي: **«لا طلاق قبل نكاح»**[2]، وروي: **«لا طلاق فيما لا تملك»**[3].

قُلتُ: في أحكام عبد الحق: أبو داود عن مطر الوراق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: **«لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك»**[4].

قال البخاري: هذا أصح شيء في الطلاق قبل النكاح، وذكر وكيع عن ابن أبي ذئب عن محمد بن المنكدر عن عطاء بن أبي رباح[5] عن جابر بن عبد الله يرفعه: **«لا طلاق قبل النكاح»**[6] خرجه أبو محمد وهكذا رويته من طريق وكيع.

قُلتُ: ولم يتعقبه ابن القطان وفي إلمام الشيخ الحافظ تقي الدين ابن دقيق العيد، وعن المسور بن مخرمة عن النبي ﷺ قال: **«لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق قبل ملك»**[7]. أخرجه ابن ماجه من حديث هشام بن سعد وقد أخرج له مسلم.

اللخمي: في مختصر ما ليس في المختصر سأل نافع مولى ابن عاصم مالكًا فقال: حلفت بطلاق كل امرأة ما كانت أمي حية، فأمره مالك أن يتزوج.

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2873)، والطبراني في الأوسط: 290، والصغير: 266.

(2) أخرجه ابن ماجه: 660/1، كتاب الطلاق: باب لا طلاق قبل النكاح، رقم (1047).

(3) أخرجه عبد الرزاق: 417/6، رقم (11456)، والطبراني: 166/20، رقم (349).

(4) أخرجه أبو داود: رقم (2190) و(2191) و(2192) في الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، والترمذي: رقم (1181) في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح.

(5) هو: عطاء بن أبي رباح اليماني، نزيل مكة، أحد الفقهاء والأئمة، أبو محمد فقيه الحجاز، سيد التابعين علماً وعملاً وإتقاناً في زمانه بمكة، انتهت إليه الفتوى بمكة، روى عن عائشة، وأبي هريرة، أخذ عنه أبو حنيفة: (27-114هـ).

وانظر ترجمته في: ميزان الاعتدال: 3/ 70، وتهذيب التهذيب: 7 / 179، والعبر: 1/ 56.

(6) أخرجه الترمذي: رقم (1181) في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح.

(7) أخرجه ابن ماجه: 660/1، كتاب الطلاق: باب لا طلاق قبل النكاح، رقم (1047).

قُلتُ: هذا نص في جواز ذلك ابتداء، وقال ابن عبد السلام: قال الباجي: المشهور من المذهب إذا وقع هذا النكاح لا يفسخ، وقال ابن رُشْد: هذا شذوذ.

قُلتُ: ما ذكره عن الباجي لم أجده، إنما وجدت له ما نصه عقب ذكره رواية ابن وَهْب فتوى مالك للمخزومي ما نصه: وليست هذه الرواية بمشهورة، والمشهور عن رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتبيَّة لا يفسخ إن وقع. انتهى.

قُلتُ: فكأن الباجي فهم من رواية ابن وَهْب أنها على جوازه ابتداء فذكر ما تقدم، وفرق بين المشهور من رواية ابن القاسم وبين المشهور من المذهب، واختلفت عبارتهم في نقل أبي زيد عن ابن القاسم، فنقلها اللخمي وابن رُشْد وغيرهما على أن إمضاءه بالدخول وكذا هو في العتبيَّة، ونقله أبو عمر والباجي وابن زرقون على أنه بالعقد، ففي جواز نكاح المحلوف بطلاقها على تزويجها للحالف، ومنعه مع مضيه بالعقد أو بالبناء، رابعها: يفسخ أبدا، وخامسها الوقف للخمي عن رواية مختصر ما ليس في المختصر، ولأبي عمر مع الباجي عن سماع أبي زيد ابن القاسم، وللخمي مع ابن رُشْد عنه والمشهور وأبي عمر عن آخر قولي ابن القاسم، وعلى المشهور إن عم الفساد دون قيد لم يلزمه للحرج.

ابن بشير: هذا نصوص المذهب، وخرج بعضهم لزومه من رواية عموم اللزوم فيمن قال كل ثيبة أتزوجها حر أو بعد قوله كل بكر كذلك ورد بأن العموم المقصود أشد من عموم آل الأمر إليه.

قُلتُ: هذا اعتراف بتصور العموم في صورة التفصيل والحق منعه، أما اللفظ الأول فواضح، وأما الثاني فكذلك ضرورة عدم تناوله بعض الجنس وهو متعلق اللفظ الأول، وعلة الإسقاط على هذه الرواية إنما هي المشقة الناشئة عن اللفظ العام وهي هنا عن لفظ خاص فلم توجد العلة بحال، ولو علق التحريم بما يبقى كثيرا لزم، ولا تدخل الزوجة إلا إن بانت وشملها اللفظ.

وفيها: طلاق من قال كل امرأة أتزوجها إلا من الفسطاط أو إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأة أتزوجها طالق؛ لازم، وفي قوله إلا من بقرية كذا، لقريةٍ صغيرة

ليس فيها ما يتزوج ساقط كمن استثنى يسيرا في لزومه، ولو استثنى واحدة مطلقًا، وسقوطه ولو استثنى عشرا، ثالثها: إن كانت الواحدة تحل له في الحال، لابن رُشْد عن ابن الماجِشُون وسماع يحيى ابن القاسم ومُطَرِّف، وعزا الباجي الثاني لرواية المصريين. قال والعدد اليسير كالعشرة ونحوها أو قبيلة أو قرية وهم قليل.

قال: ولعيسى عن ابن القاسم أنه لا يحد في ذلك والقليل الذي ليس فيه سعة للنكاح، وعزا هو واللخمي قولي الأخوين لروايتيهما. قالا عن ابن الماجِشُون إن تزوجها في عدة من غيره وبنى بها سقطت يمينه لحرمتها.

قُلتُ: فموتها أحرى. اللخمي عنه: ولو كانت صغيرة تبلغ حد النكاح لما يبلغه عمره لزمت يمينه باستثنائها. وله عن مُطَرِّف: لو كانت حين يمينه أيما فتزوجت سقطت يمينه.

قال: فرأى مالك في هذا القول لزومه؛ لأن الواحدة تعفه ويمنع من أخرى توسعًا لا ضرورة، ويلزمه إن عم أن لا تباح له إلا واحدة إلا أن يضطر لأخرى.

قُلتُ: يرد بأن العموم يمنع تعلق اليمين ابتداء، وقول ابن بشير إن استثنى بلدًا غير متسع أو قبيلة قليلة، ففي لزوم يمينه قولان، وعلى اللزوم لو استثنى واحدة أجنبية ففي عدم لزومه، ثالثها: ما دامت متزوجة، أو إذا تزوجت ـ يقتضي قولًا باللزوم في اليسير دون الواحدة خلاف مقتضى نقل الثلاثة.

وفيها: إن قال كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة أو أربعين فهي طالق لزمه إن أمكن أن يحيى لما ذكر، فإن خشي العنت ولم يجد ما يتسرر به فله أن يتزوج ولا شيء عليه، ولو ضرب أجلًا يعلم أنه لا يبلغه أو قال إلى مائتي سنة لم يلزمه.

الباجي عن ابن الماجِشُون: التعمير في ذلك تسعون عامًا، ولمحمد عن ابن القاسم العشرون عامًا كثير له أن يتزوج.

أَصْبَغ: بعد تصبر وتعفف.

ابن وَهْب وأشهب: لا يتزوج في ثلاثين وإن خاف العنت.

مالك: يتزوج فيها إن خاف العنت.

أبو زيد عن ابن القاسم: إن قدر فيها على التسري فلا يتزوج، وكذا إن لم يجد إلا

أن يخاف العنت.

اللخمي عن مالك في غلام له عشرون سنة حلف سنة ستين ومائة أن كل امرأة يتزوجها إلى سنة مائتين طالق تلزمه يمينه، والقياس أن لا شيء عليه؛ لأنه عم معترك العمر ووقت الشبيبة الذي يحتاج إليه فيه، وأرى أن لو قال كل امرأة أتزوجها بعد ثلاثين سنة أو أربعين وهو ابن عشرين أن يلزمه لإبقائه الزمن الذي يحتاج إليه فيه، وعم زمنا لا يلحقه فيه مشقة.

ولو وقته بحياة غيره، ففي سقوطه رواية ما ليس في المختصر، ونقل اللخمي ولو قال لزوجته كل من أتزوجها عليك في حياتك وبعد وفاتك طالق، ففي لزومه مدة حياتها ولغوه مطلقًا، ثالثها: لحقها لا لحق الله لابن القاسم وأشهب واللخمي.

ولو قال يترك ففي لزومه كعليك ولغوه نقلاه عن ابن القاسم ومحمد.

ولو قال كل من أتزوجها بأرض الإسلام طالق، فإن لم يقدر على دخول أرض الحرب فلا شيء عليه، وإن قدر ففي لزومه قولا ابن القاسم وأَصْبَغ.

ابن رُشْد: كالقولين في استثناء قرية صغيرة، ولو قال حر كل حرة أتزوجها طالق ففي لزومه قول ابن القاسم قائلا؛ لأنه أبقى الإماء، وقول محمد لا يلزمه إن كان مليا على القول بالطول.

والمعروف إن خشي العنت من لزمته يمينه تزوج وتقدم ما يعذر فيه من المدة، ابن حارث: اختلف إن خشي العنت فروى ابن القاسم فيها: يتزوج، وقال لقمان بن يوسف: أنكر سَحنون قوله إلا أن يخشى العنت.

ابن حبيب: كان مالك دهره يقول لا يتزوج ولو خشي العنت فأخذ بهذا أهل المدينة وهو قول ابن هرمز، ثم قال قبل موته بيسير إن خشي العنت تزوج فأخذ بهذا المصريون.

وفيها مع غيرها: حيث لزم لتعلقه بجزئي لم يتكرر بتكرر تزويجه إلا بلفظ يقتضي تكرره، وإن تعلق بكلي تكرر في أشخاص أفراده بتكرر تزويجه لتعلق الطلاق في الأول بالذات وهي محل الحكم، وفي الثاني بالوصف وهو علة الحكم.

ابن رُشْد: لم يختلف قول ابن القاسم أنه لا يتكرر في إن تزوجت فلانة فهي طالق،

ثم قال: وقيل يتكرر عليه وهو الآتي على قول مالك في مسألة الوتر.

قُلتُ: تقدم رده في النذور.

ابن حارث: اتفقوا في إن تزوجت فلانة فهي طالق على عدم تكرر اليمين فيها.

وفيها: إن قال لامرأة كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا عاد عليه الطلاق أبدا كلما تزوجها، وإن قال إن تزوجتك أبدا أو إذا أو متى ما فإنما يحنث بأول مرة إلا أن ينوي أن متى ما مثل كلما فتكون مثلها، وإن خص قبيلة أو بلدة كقوله كل امرأة أتزوجها من مصر أو من همدان أو مصر أو الشام فهي طالق، فتزوج منها امرأة طلقت عليه، ثم كلما تزوجها أبدا ولو بعد ثلاث طلقت عليه؛ لأنه لم يحلف على عينها، وسمع عيسى مثله وزاد: ولو قال بنات فلان أو أخواته أو فخذا. قاله مبهما لم ينص أسماءهن رجعت عليه اليمين أبدا، ولو تزوجها بعد عشرين زوجا، ولو قال إن تزوجتك أو أخواتك فلا ترجع عليه اليمين فيها وترجع في أخواتها، وسمعه أيضًا إن قال إن تزوجتك أبدا فأنت طالق البتة فتزوجها؛ يحنث وإن تزوجها بعد زوج فلا شيء عليه.

ابن رُشْد: لا خلاف أنه لا ترجع عليه في المرأة المعينة ولو قال إن تزوجتك أبدا، وإنما يفترق التأبيد من عدمه في الطلاق فأنت طالق أبدا ثلاث.

ولو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أبدا، فقال ابن القاسم هي ثلاث، ووقف فيها غيره، وقيل: واحدة لاحتمال رجوع التأبيد إلى التزويج وهو دليل قولها في إرخاء الستور، ومثله قول ابن القاسم في عتقها في القائل إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبدا حر رد التأبيد للدخول، ورده أشهب للملك، وتتكرر اليمين في إن تزوجت من فخذ كذا أو بلد كذا أو إلى وقت كذا اتفاقًا، ولو قال من بنات فلان بعينه ولم يسمهن ويمكن إحصاؤهن ومعرفتهن؛ في رجوع اليمين عليه فيهن قولان قائمان من المدَوَّنة فيمن يوصي لأخواله وأولادهم.

قُلتُ: عزاهما اللخمي لابن القاسم وكتاب ابن سَحنون وصوبه ابن بشير. قالوا في إن تزوجت فلانة أبدا لا يتكرر عليه، وحملوا التأبيد على قصد الامتناع لا على تكرير اليمين واللفظ محتمل، ولا يبعد أن يجري فيه الخلاف، وقول ابن الحاجب لو تكرر التزويج في واحدة تكرر الطلاق وإلا لم يكن حرجا في كل امرأة.

قال ابن عبد السلام: بيان الملازمة أنه يمكن إذا عم أن يتزوج امرأة فتطلق عليه، ويمكنه بعد هذه الطلقة أن يتزوجها فلا تطلق عليه لعدم التكرار.

قُلتُ: فيه نظر من وجهين: الأول: إن مطلق هذا التقرير يوجب تكرر الطلاق في المعينة، والمذهب خلافه حسبما تقدم.

الثاني: من نظر وأنصف علم أن ما أتى به ليس بيانا للملازمة بحال؛ لأن حاصله أن عدم التكرار ملزوم لعدم التكرار وهذا بديهي غير مفيد، والمطلوب بيان ملزومية عدم التكرار لعدم المشقة الموجبة سقوط اليمين، وتقريرها بأن عدم التكرار يوجب يسر رفع لزوم عموم الطلاق الذي هو مناط سقوط اليمين وذلك بتزويجه امرأة؛ لأن على عدم التكرار يباح له تزويجها ولا تطلق عليه، فيرتفع عموم التحريم الموجب للمشقة؛ يرد بأن إباحة الواحدة لا ترفع المشقة كاستثنائها، لا يقال قدرته على ذلك في غيرها تكثر عدد ما يباح له بخلاف استثناء عدد يسير، لأنا نقول توقف إباحة العدد الكثير على تزويجه إياه مشقة واضحة، فبطل كون عدم التكرار يرفع المشقة الموجبة لسقوط اليمين.

اللخمي: اختلف إن عير امرأة وضرب أجلا وسمى بلدًا وقال لزوجته إن تزوجت عليك فقال محمد: من قال لامرأة إن تزوجتك عشرين سنة فأنت طالق، طلقت عليه مرة فقط، وكذا إن تزوجت فلانة بمصر أبدًا، وقال ابن القاسم تطلق عليه كلما تزوجها بمصر وإن حنث فيها مرارًا وتزوجت أزواجا كقوله إن تزوجت فلانة في هذه السنة فهي طالق، والأول أقيس كعموم يمينه في الزمان والمكان؛ لأن فائدة التقييد بأحدهما صرف تعلق يمينه بغير المذكور من زمان ومكان، ولو قال إن تزوجت فلانة على زوجتي ففي تكرره قولان لابن القاسم مع عبد الملك قائلا؛ لأنه قصد عدم الجمع بينهما، ومحمد قائلا لا يعجبني قول عبد الملك، ولو قال كل بكر أتزوجها طالق بعد قوله كل ثيب كذلك، فثالثها: يلزمه الأول فقط لسماع عيسى رواية ابن القاسم مع الباجي عن رواية ابن وَهْب، ونقل ابن بشير وسماع عيسى ابن القاسم مع الشيخ عن أكثر الرواة.

ابن حارث: اتفقوا على لزوم الأول ولم يحك ابن رُشْد والباجي واللخمي غير

الأول والأخير، زاد اللخمي وأن لا شيء عليه أحسن؛ لأنه عم النساء.

قُلتُ: هذا حسن إن قالها في فور واحد.

ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق ففي لغوه ولزومه قولا ابن القاسم ومحمد مع سَحنون، وعليه يوقف عن الأولى حتى يتزوج غيرها فتحل له، وكذا الثانية والثالثة، زاد سَحنون: ولمن وقف عنها رفعه لعدم وطئه لقدرته عليه بتزوج ثانية ولها بثالثة ولها برابعة.

ابن رُشْد: لابن الماجِشُون نحوه وقال: إن ماتت من وقف عنها وقف ميراثه منها إن تزوج ثانية أخذه، وإن مات قبل أن يتزوج رد لورثتها، وإن طلق عليه بالإيلاء فلا رجعة له لعدم بنائه.

الشيخ: إن مات في الوقف قبل بنائه لم ترثه ولها نصف المهر فقط، ولا عدة لوفاة.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم على قياس روايته فيها فيمن قال لامرأته إن لم تكوني حاملا فأنت طالق أنها تطلق عليه حين قال ذلك، إذ لا يدري هل هي حامل أم لا؟ ولا يستأني لعلم ذلك وكذا هنا لما كانت يمينه توجب تعجيل طلاقه كل امرأة يتزوجها، إذ لا يدري هل هي آخر امرأة يتزوجها أم لا ولا يستأني لعلم ذلك؛ وجب أن لا يلزمه شيء لأجل العموم، وقول سَحنون على قياس قول مالك في مسألة الحمل أنه يستأنى بها ليعلم هل بها حمل أم لا، فإن ماتت قبل تعيين ذلك لم يرثها لشكه في طلاقها، وإن مات هو استؤني بها؛ إن بان حملها ورثته وإلا لم ترثه.

قُلتُ: لا يلزم من عدم الاستيناء في مسألة الحمل عدمه في مسألة آخر امرأة؛ لأن الحمل مغيب ليس وجوده بمستند لمستقل من فعل الحالف وهو تزويجه غيرها، وهذا يرد إجراء قول ابن القاسم في مسألة آخر امرأة، ويوجب كون إجراء قول سَحنون فيها على مسألة الحمل أحرويا، واعترض ابن دحون قول سَحنون بأن قال: إذا وقف عن وطء الأولى ثم تزوج لم يكن له أن يطأ الأولى حتى يطأ الثانية، كمن قال أنت طالق إن لم أتزوج عليك بالوطء بعد النكاح يبر، وليس له وطء الثانية إذ لا يدري أنها آخر امرأة يتزوجها فهو ممنوع من وطء الثانية حتى يتزوج ثالثة، وكذا يلزم في الثالثة والرابعة فلا يتم له وطء البتة.

ابن رُشْد: هذا اعتراض غير صحيح وهل فيه الشيخ على رسوخ علمه وثاقب ذهنه، ولا معصوم من الخطإ إلا من عصمه الله تعالى؛ لأن المسألة ليست كمسألة من قال أنت طالق إن لم أتزوج عليك، وإنما هي كمسألة من قال إن تزوجت عليك فأنت طالق؛ لأنه لم يطلق إلا على الثانية لا الأولى فوجب أن تطلق بأقل ما يقع عليه اسم زواج، وهو العقد على قولهم الحنث يدخل بأقل الوجوه، والبر إنما يكون بأكمل الوجوه.

قُلتُ: الأظهر ما قاله ابن دحون، وبيانه أن تزويج الثانية إما أن يوجب طلاقا أو عدم وقوعه بيمين به، والأول باطل اتفاقًا فتعين الثاني، وكل تزويج يوجب عدم وقوع طلاق بيمين مشروط بالبناء فيه أصله الحالف بالطلاق ليتزوجن، وقول ابن رُشْد، "فوجب أن تطلق بأقل ما يقع عليه اسم زواج" وهم؛ للاتفاق على أن التزويج في المسألة لا يوجب طلاقا ما لم يتيقن كونه آخرا، والفرض عدم تيقنه، وإنما يقع في عدم تيقنه بحكم الإيلاء.

الشيخ عن الموازيَّة: إن قال آخر أنثى أتزوجها طالق إلا واحدة؛ يريد تطليق ما يلي الآخرة، إن تزوج امرأة وقف عنها، ثم إن تزوج ثانية وقف عنها مع الأولى إذ لا يدري من يلي الآخرة منهما إن مات، فالمطلقة الأولى وإن تزوج ثم مات فالمطلقة الثانية لا الأولى، ولو قال فالتي تلي التي تلي الآخرة طالق حتى تكون ثالثة منها أمسك عنهن حتى يتزوج رابعة فتحل له الأولى إن مات في هذه الحالة فثانية الأولى هي المطلقة، ولو قال أول امرأة أتزوجها طالق، فتزوج امرأة بانت منه، ولها نصف الصداق وسقطت يمينه.

وعن مالك وابن القاسم من قال كل امرأة أتزوجها من البادية لا أنظر إليها طالق فعمي، لا أحب تزويجه من البادية ولا من خرجت منها فسكنت بغيرها أربعة عشر سنة كما لو كان بصيرًا.

قُلتُ: الأظهر أن كمال وصفها له من ذي خبرة بالجمال يبيح تزويجه إياها لعجزه عن نظرها.

قال: ولو قال كل امرأة أتزوجها لا أنظر إليها طالق فعمي رجوت أن لا شيء

عليه، وكذا حتى ينظر إليها فلان فمات فلان.

محمد: إن مات فلا يتزوج حتى يخشى العنت ولا يجد ما يبتاع به أمة.

قُلتُ: هذا يوجب لزوم الطلاق المعلق بعموم تزويج كل امرأة.

ابن حبيب عن الأخوين في الذي قال حتى أراها له أن يتزوج من كان رآها قبل أن يعمى واليمين باقية عليه فيمن لم يكن رأى.

قُلتُ: ينبغي شرط اعتبار تقدم الرؤية بقرب لا تتغير فيه صفتها، وقوله اليمين باقية عليه فيمن لم يكن رأى ظاهره ولو قل عدد من كان رآه، وهو خلاف قوله أولا رجوت أن لا شيء عليه، ولو قال كل من أتزوج من قرطبة أو من القيروان طالق ولا نيَّة في الغاية، ففي قصره على مسافة وجوب الجمعة أو عدم قصر المسافر، ثالثها: على القرية وأرباضها، ورابعها: في حد ما لا يقصر فيه الخارج ويتم عند وصوله، وخامسها في جميع عملها.

الشيخ عن ابن القاسم وابن حبيب مع ابن كنانة وابن الماجِشُون وأَصْبَغ قائلا إن تزوج من حيث إذا برز لم يقصر حتى يجاوزه لم أفسخه، وأحب أن يتجاوز إلى ما لا يجب منه الجمعة، وسَحنون قائلا لو تزوج من العلوين لم يلزمه شيء.

قُلتُ: هي منها على قدر خمسة وعشرين ميلا، وابن رُشْد عن أَصْبَغ وابن كنانة.

قُلتُ: إنما نقل ابن حارث عنه مثل ما نقل الشيخ، ولفظه قال ابن كنانة: إن لم تكن له نيَّة لم يتزوج في شيء من عمل المدينة مما يقع عليه اسمها حتى يبلغ إلى ما يجب فيه الإقصار.

الشيخ عن الموازيَّة: من حلف بطلاق من يتزوج بمصر فله أن يتزوج من غيرها مصرية مقيمة بغيرها إلا أن ينوي: لا يتزوج مصرية أو يحلف لا يتزوج مصرية فيحنث.

قال مالك: وله أن يتزوج بمصر غير مصرية يريد في هذا.

الشيخ: سمع عيسى ابن القاسم عن بعض أهل العلم من حلف لا تزوج بمصر لا بأس أن يتزوج مصرية بغير مصر وإن كانت مقيمة بمصر.

قُلتُ: ومثله فتوى ابن رُشْد لمن قال كل امرأة أتزوجها بقرطبة طالق ولم يزد على ذلك أن يعقد عليها بغير وطنه من البلاد ويرجع بها لسكناه بها بقرطبة.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال كل امرأة أتزوجها بالمدينة طالق لا بأس أن يواعدها بالمدينة إذا تزوجها بغيرها وعقد نكاحها بغيرها.

ابن رُشْد: لأن المواعدة ليست بعقد ولا يدخلها الخلاف فيمن واعد في العدة وتزوج بعدها؛ لأن النكاح في العدة محرم بالقرآن والإجماع، والمواعدة فيها مكروهة بنصه ﷺ، وحلف الزوج بطلاق من يتزوج وإن خص مختلف في لزومه.

قُلتُ: قوله: (لا يدخلها الخلاف) يرد بنقل الشيخ عن ابن حبيب ما نصه: أرى المواعدة ببلد الحلف توجب الحنث، وقاله من أرضى، وسهل فيه بعض الناس، ولا يعجبني. قال الشيخ: وله في الحالف لا تزوج بالأندلس كما ذكرنا عن الكتابين. قال: وإن نوى كراهية نساء الأندلس لجفائهن فلا يتزوج أندلسية حيثما كانت، وله نكاح غيرهن بالأندلس، وإن لم تكن له نيَّة فلا يتزوج بالأندلس مصرية ولا غيرها، وله نكاح أندلسية بغير الأندلس، ولو كانت بالأندلس لم ينبغ أن يعقد نكاحها بغير الأندلس مع وليها إلا الأب في البكر، ولو أشهد عليها وليها غير الأب بالأندلس برضاها بالحالف لم يجز عقده بغيرها لبعد ما بين رضاها ورضى الزوج، إنما يجوز ما كان بقرب ذلك وفوره.

قُلتُ: إن قيل شرطه القرب مشكل على أصل المذهب إذ ليس من شرط توكيل المرأة وليها على إنكاحها فوريته حسبما دلت عليه مسائل المدَوَّنة وغيرها.

قُلتُ: الفرق بين إذنها في العقد عليها لرجل وبين توكيلها إياه على العقد عليها له أن الأول جزء من ماهية عقد النكاح لأنها فيه مساوية للولي والزوج في لزومه إياها بنفس صدوره ما لم يرده قائله، والثاني غير لازم لها؛ لأن لها عزله عنه بنفس صدورها منها قبل رد قائله إياه، والمعتبر صدق وصف سبب الطلاق بعد اليمين حين إنشاء عقد النكاح لا قبله، ولو دام بعده في اعتباره بعدهما قبل البناء خلاف.

وفيها: لو قال كل امرأة أتزوجها من الموال طالق وتحته منهن امرأة لم تطلق عليه، فإن طلقها ثم تزوجها طلقت عليه.

قُلتُ: يريد بخلاف الرجعة، وظاهره ولو لم يكن بنى بها، ابن حارث: اتفقوا فيمن قال كل امرأة مسلمة أتزوجها طالق أنه يلزمه لبقاء الكتابيات، ولو تزوج كتابية

فأسلمت قبل البناء ففي لزوم طلاقها، نقل ابن عبد الحَكم عن ابن وَهْب: يخلي سبيلها، وعن أشهب لا شيء عليه.

قُلتُ: فلو تزوجها قبل يمينه ثم أسلمت بعدها ففي جري قول ابن وَهْب نظر، الأظهر عدمه، وفي سماع عبد الملك عن أشهب: من قال إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها بمصر طالق، فتزوج ثم كلمه لا شيء عليه، إنما عليه الحنث فيما يتزوج بعد كلامه.

ابن رُشْد: هذا خلاف قول عتقها الأول فيمن قال: إن كلمت فلانا فكل عبد أملكه من الصقالبة حر، أن كل عبد يملكه بعد حلفه من الصقالبة حر إن كلمه، إلا أن يريد إن كلمت فلانا فكل عبد أملكه بعد حنثي من الصقالبة حر فله نيته، وليس أحد القولين من جهة اللفظ بأظهر من الآخر لتساوي احتمال معناهما، فإن كانت له نيَّة صدق فيها ولو كانت عليه بينة، فوجه قوله لا يلزمه طلاق فيما تزوج قبل حنثه مراعاة القول بأن لا شيء عليه فيما يتزوج قبل حنثه ولا بعده، ووجه قولها الاحتياط للعتق، وإن لم يكن في ملكه يوم حلف من الصقالبة شيء فهو دليل على إرادته الملك فيما يستقبل.

وفيها: إن قال إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأة أتزوجها طالق لزمه الطلاق فيما يتزوج من غيرها، اللخمي عن سَحنون: لا يحنث فيما يتزوج من غير الفسطاط ويوقف عنها كمن قال إن لم أتزوج من الفسطاط فامرأتي طالق والأول أشبه؛ لأن قصد القائل أن كل امرأة يتزوجها قبل أن يتزوج من الفسطاط طالق.

ابن محرز: أحسب لمحمد مثل قولها، ابن بشير هما على الخلاف في الأخذ بالأقل فيكون مستثنيا أو بالأكثر فيكون مؤليا، وقول ابن الحاجب بناء على أنه بمعنى من غيرها أو تعليق محقق، يريد أن معناه على الأول حملية وعلى الثاني شرطية، وتقريرهما بما تقدم من لفظ اللخمي واضح، وسمع عيسى رواية ابن القاسم من قال لامرأة إن لم أنكحك فكل امرأة أنكحها عليك طالق لا شيء عليه، ومن قال لأمراة كل امرأة أنكحها غيرك طالق فهو كمن قال كل امرأة أنكحها عليك طالق.

ابن رُشْد: قول مالك قوله لامرأة كل امرأة أنكحها غيرك طالق، مثل قوله إن لم

أنكحك فكل امرأة أنكحها طالق، هو مثل قوله في الأيمان بالطلاق منها وفيه نظر؛ لأن قوله لها كل امرأة أنكحها عليك طالق نص لا يحتمل التأويل في أنه حرم على نفسه نكاح كل النساء سواها، فلا يلزمه شيء لاستثنائه امرأة واحدة على أصل المذهب خلاف قولي ابن الماجِشُون ومُطَرِّف، وقوله: (إن لم أنكحك فكل امرأة أنكحها طالق) كلام محتمل ظاهره يقتضي أنه إنما أوجب طلاق كل امرأة ينكحها قبلها، فعلى هذا يلزمه الطلاق إذا أراد أن يتزوج بعدها ما شاء من النساء، وإليه ذهب ابن عبدوس وسَحنون واختلفا فيما يتزوج قبلها، فقال ابن عبدوس لزمه فيها الطلاق ساعة تزوجها، وقال سَحنون يوقف عنها حتى ينظر هل يتزوجها أم لا؟ فإن طلبت الوطء ضرب له أجل الإيلاء وحكم عليه بحكمه إن تزوجها في أجل الإيلاء بر وانحل عنه الإيلاء، وكذلك إن مات؛ لأنه يصير بموتها قد امتنع من نكاح جميع النساء دائما، ولم يلتفت مالك لمقتضى ظاهر لفظه.

وفيها: إن وكل من حلف بطلاق من يتزوج من موضع خاص من يزوجه توكيلا دون حظر عليه، فزوجه من محل حلفه لزمه العقد والطلاق ونصف المهر، ولو نهاه عن محل يمينه لم يلزمه نكاح.

ابن حبيب: إن ذكر له محل يمينه فقط لزمه النكاح وغرم الوكيل نصف المهر.

الصقلي عن الشيخ: إن نهاه عن محل حلفه لم يلزمه نكاح ولا طلاق.

قُلتُ: في جريها على شراء الوكيل على شراء عبد أبا الموكل عالما أنه أبوه نظر لتشوف الشرع للحرية، وقال عياض: إن أقام على يمينه وإعلامه بينة لم يلزم واحدا منهما شيء ولم ينعقد نكاح.

وتعدد موجب طلاق التعليق يوجب تعدده: كمن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق، ثم قال في قرية هي من نسائها كل امرأة أتزوجها من قرية كذا لتلك القرية طالق، ثم تزوجها لزمته فيها طلقتان.

عبد الحق: فائدة اعتبار عدة الطلاق مع تكرره فيها ولو بعد زوج لزوم نصف الصداق في الطلاق غير الزائد على الثلاث قبل زوج.

وشرط اعتبار المحل أيضًا مقارنته سبب الطلاق، فيها مع غيرها: لو حلف

بطلاقها ثلاثا لا أكلت هذا الرغيف، فأكلته أو بعضه بعد أن أبانها بدون الثلاث ثم تزوجها فلا شيء عليه، ولو أكلت بقيته بعد أن تزوجها ولو بعد زوج حنث ما لم يكن أبتها بالثلاث وكذا الظهار، ولو قال كل امرأة أتزوجها عليك طالق ففي اختصاصه بعصمة التعليق روايتان، لها مع سماع ابن القاسم، وللصقلي عن رواية ابن وَهْب مع أَصْبَغ وأشهب وابن رُشْد عن رواية ابن حبيب ورواية مُطَرِّف، وعن ابن الماجِشُون وابن أبي حازم وغيرهما من كبار أصحاب مالك.

اللخمي: بناء على اعتبار القصد أو ظاهر اللفظ، ولو تزوج غيرها بعد بينونتها بدون الثلاث ثم تزوجها ففي طلاق غيرها، ثالثها: إن كان ذلك في عقد النكاح لها بزيادة ولو ادعى نية، ولأشهب ورواية مُطَرِّف وتضعيف ابن عبد السلام روايتها بظاهر قول إيلائها أن التقييد بالعصمة إنما هو في المحلوف بطلاقها لا في غيرها لقولها من قال زينب طالق واحدة أو ثلاثا إن وطئت عزة، فطلق زينب واحدة، فإن انقضت عدتها فله وطء عزة، ثم إن تزوج زينب بعد زوج أو قبله عاد مؤليا في عزة، فإن وطئها بعد ذلك أو في عدة زينب حنث في زينب، ولو طلقها ثلاثا ثم نكحها بعد زوج لم يعد عليه في عزة إيلاء لزوال طلاق ذلك الملك، كمن حلف بعتق عبد له ألا يطأ امرأة فمات العبد فقد سقط اليمين، ولو طلق عزة ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج وزينب عنده عاد موليا ما بقي من طلاق زينب شيء، كمن آلى أو ظاهر ثم طلق ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فذلك يعود عليه أبدا، نقله بعض من تقدمه من الفاسيين، وفرق بين المسألتين بأن الإيلاء مخالف للطلاق بأنه يلزم في الأجنبية ولا يزول بالملك والطلاق لا يلزم في الأجنبية ويزول بالملك.

ونوقض قولها ولو ادعى نيَّة بقولها من قال كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة طالق لزمه كانت فلانة تحته أم لا، فإن كانت تحته فطلقها فإن نوى بقوله ما عاشت ما دامت تحتي فله نيته، وإن لم تكن له نيَّة لم يتزوج ما بقيت إلا أن يخشى العنت.

ويفرق بمخالفة دعوى النيَّة ظاهر القصد في مسألة كل امرأة أتزوجها عليك وموافقته إياه في مسألة ما عاشت.

وقول أبي إبراهيم قال ابن رُشْد: "معنى هذه المسألة أنه قامت عليه بذلك بينة فلم

ينوه، وتلك لم تقم عليه بينة" لم أذكره الآن لابن رُشْد إلا ما في أجوبته فيمن له مطلقة فتزوج امرأة أخرى كتب في صداقها متى راجع مطلقته فلانة فهي طالق، ولم يقل متى راجعها على فلانة ثم طلق التي تزوج أو ماتت وأراد مراجعة الأولى، وقال لم تكن له نيَّة أو قال أردت ما دامت الثانية زوجة.

قال ابن رُشْد: لا يصدق فيما ادعاه من النيَّة إذا طلب بما أشهد به على نفسه وله نيته فيما بينه وبين الله تعالى، وتقدم في الأيمان والنذر عن الصقلي في مسألة ما عاشت أنه ينوى ولو قامت عليه بينة وهو رسم نص الأسمعة والروايات.

سمع ابن القاسم من شرط لامرأة في عقد نكاحها كل امرأة يتزوجها ما عاشت طالق البتة ثم طلقها البتة ثم تزوجها بعد زوج ثم أراد أن يتزوج، فقامت بشرطها لقوله فيه ما عاشت فقال: إنما أردت بذلك ما كنت تحتي.

قال مالك: ينوى. ابن القاسم: وقاله قبل هذا بسنين.

ابن رُشْد: جوابه هذا على أن اليمين على نيَّة الحالف وتنويته إياه مع أنه شرط عليه في عقد النكاح خلاف أصله في المدَوَّنة من شرط لامرأته أن أمرها بيدها إن تزوج عليها ليس له مناكرتها.

وقوله: (ينوى) يريد مع يمينه، كذا في سماع ابن القاسم في الأيمان بالطلاق في هذه المسألة إذا طاع بذلك دون شرط فهذه أحرى في وجوب اليمين، وتنويته إياه مع أنه إنما تزوج عليها وهي في عصمته بعد أن طلقها ثلاثا ونكحت غيره على أصله في المدَوَّنة أن من شرط لامرأته طلاق الداخلة عليها تنحل عنه اليمين بخروج زوجته عن عصمته بالثلاث خلاف رواية ابن حبيب ومُطَرِّف وقول ابن الماجِشُون وابن أبي حازم من أن اليمين لا تنحل عنه؛ لأن الشرط في اليمين في الداخلة وليس فيها، ولو حلف بهذه اليمين تطوعا لكانت له نيته على ما في الأيمان بالطلاق من المدَوَّنة، ولا يكون له على القول بأن اليمين على نيَّة المحلوف له ففي تنويته، ثالثها: في الطوع لا في الشرط.

قُلتُ: ظاهر عزو ابن رُشْد رواية ابن حبيب ومُطَرِّف لابن الماجِشُون وغيره دون قوله، ومثله في كتاب الإيلاء مع ذكره مسائل المدَوَّنة دليل صحة فرق بعض الفاسيين، وأن المدَوَّنة لا اختلاف فيها، ومسألة عود اليمين بعتق عبد بعد شرائه أو إرثه بعد بيعه

تقدمت في الأيمان والنذور.

والمعتبر في قدر الطلاق حال المطلق يوم نفوذه لا يوم عقده، ابن سَحنون عن أبيه وأشهب إن قال عبد: أنت طالق إن فعلت كذا ففعله بعد عتقه بقيت له طلقتان، وروى محمد معها إن طلق عبد واحدة ثم عتق بقيت له واحدة فقط، كحر طلق طلقة ونصف طلقة.

محمد: ذو رق كالعبد في طلاقه.

ابن القاسم: لو طلقها طلقتين ثم ثبت عتقه قبل طلاقه فله الرجعة في العدة، فإن انقضت بقيت له طلقة علم أن طلاق العبد طلقتان أو لا كمن طلق واحدة وظن أنها تحرم عليه إن لم ينو البتات أو تلفظ به، ولشرط المحل حين النفوذ كان قول العبد لزوجته الأمة لأبيه أنت طالق يوم موت أبي لغوا.

قُلتُ: ما لم يمت مرتدًا.

[illegible]

[illegible] وشرطه تعلقه بلفظ يدل على الطلاق أو غيره معه [1].

فيها: إن أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق فلفظ بغيرها غلطًا، كقوله أنت حرة أو

[1] قال الرَّصاع: قوله: (شرطه) يعني شرط اعتبار قصد الطلاق وأشار إلى أن القصد المجرد عن ذلك لا يلزم به شيء شرعًا، وانظر ما أشار إليه القرافي من أن الطلاق بالنيَّة لا يلزم اتفاقًا إنما الخلاف في الطلاق بالكلام النفسي قوله: (تعلقه بلفظ يدل على الطلاق) كما إذا قال أنت طالق وقصد النطق به في الطلاق، فإن نطق به ولم يقصد فظاهره لا شيء عليه، وقد ذكر ابن رُشْد فيه خلافًا، وكذا إذا قصد لفظ الطلاق وجرى لسانه على قوله كلي فلا شيء عليه؛ لأن سبق اللسان لغو، وكذا إذا نوى لفظا فغلبه لفظ الطلاق، وكذا إذا كانت امرأة اسمها طالق فناداها فلا شيء عليه قوله: (أو غيره معه) معناه غير اللفظ الدال على الطلاق مع القصد كالإشارة، وما يقوم مقامها مما قصد به الطلاق من الأفعال أو اللفظ الذي لا يدل على الطلاق من باب الدلالة باللفظ وغير اللفظ الدال على الطلاق هو أعم من ذلك.

(فإن قلت): الكنايات الظاهرة كيف تدخل في ذلك.

(قُلتُ): تجري على الخلاف في أصلها وهو ظاهر وما يبنى على ذلك لا يخفى والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

أخرجي أو تقنعي أو كلي فلا شيء عليه حتى ينوي أنها بها يلفظ به طالق، فيلزمه فسبق اللسان لغو إن ثبت وإلا ففي الفتيا فقط.

ابن شاس: قوله لزوجته التي اسمها طالق يا طالق لغو، ولو كان اسمها طارق فقال زل لساني فكذلك، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من قال لامرأته يا مطلقة لم يرد طلاقا إنما أراد أنها في كثرة الكلام كالمطلقة فلا شيء عليه.

أَصْبَغ: أو على وجه التكسير لها أو أنها طلقت مرة ولو كان فيها خير ما طلقت.

ابن رُشْد: إن كان لشيء من ذلك سبب فلا إشكال أنه لا شيء عليه، وإن قاله ابتداء دون سبب ولا نيَّة له ففي هذا في الكتاب احتمال، والأظهر منه لزوم الطلاق.

ولو قال أردت الكذب لا الطلاق لم يلزمه ولو كانت عليه بينة.

وفيها: إن قال لزوجته أنت طالق البتة، وقال أردت واحدة فزل لساني بلفظ البتة فهي ثلاث، سَحنون: وكانت عليه بينة لذا لم ينوه مالك.

عياض: هو من كلامه ونقله عن مالك كما نراه ولم ينكره عليه ابن القاسم.

قُلتُ: ليس نقله عن مالك في المدَوَّنة بدليل على أنه قاله لابن القاسم حين مخاطبته؛ لأن تدوينه المدَوَّنة متأخر عن ذلك.

عياض: اختلف ابن نافع وغيره عن مالك في قبول قوله في الفتيا، وفيها لابن القاسم إن قال لها أنت طالق وقال نويت من وثاق ولم أرد طلاقا ولا بينة عليه وجاء مستفتيا فهي طالق، ولو كانت في وثاق فقال مُطَرِّف يقبل.

عياض: في حملها على قوله طريقان، الشيخ عن الموازية: من قال لامرأته كنت طلقتك البتة ولعبده كنت أعتقتك ولم يكن فعل، فقال أبو الزناد لا شيء عليه في الفتيا، وقال مالك: يلزمه كمن قال أنت طالق أو أنت حر لا يريد طلاقا ولا عتقا، وقاله ربيعة وابن شهاب.

ربيعة: إلا أن يأتي بعذر بين، مالك: ومن اعتذر في شيء سئل فيه بأنه حلف بطلاق أو عتق ولم يحلف فلا شيء عليه في الفتيا، ومن حكى يمين غيره بالبتة فقال امرأتي طالق البتة، وإنما أراد أن يقول قال فلان، فإن ذكر ذلك نسقا فلا شيء عليه، وفي سماع أَصْبَغ قال أشهب: من قال لامرأته قد شاء الله أن أطلقك، أو لعبده أن أعتقك لا

شيء عليه إلا أن يريد به عتقا أو طلاقا هذا من الكاذبين على الله، ولو قال قد شاء الله أنك طالق كانت طالقا.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من أفتي في يمين في امرأته بأن قد بانت، فقال لها وللناس بانت مني ثم علم أن لا شيء عليه لا ينفعه وبانت منه.

ابن رُشْد: قاله أشهب أيضًا، ولابن حبيب عن مالك لا شيء عليه، وقال سَحنون إن قاله على وجه الإخبار بما قيل له فلا شيء عليه، وإن قاله يريد به الطلاق طلقت عليه، والذي أقوله أنه إن كان ما أفتى به مخالفا للإجماع لا وجه له في الاجتهاد فلا شيء عليه، وإن كان قول قائل أو له وجه في الاجتهاد ومفتيه به من أهل الاجتهاد لزمه طلاقه؛ لأن إخباره به التزام له فيرد الاختلاف إلى هذا، وكل هذا إن أتى مستفتيا ولو حضرته البينة في قوله بانت مني، ثم قال إنما قلته لأني أفتيت به لم يقبل قوله إلا ببينة أنه أفتي به فيصدق مع يمينه.

وإيقاع الطلاق لازم اتفاقاً: وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه.

الشيخ في الموازيَّة عن ابن القاسم: من قال لامرأته قد وليتك أمرك إن شاء الله فقالت فارقتك إن شاء الله وهما لاعبان لا يريدان طلاقا فلا شيء عليهما ويحلف، وإن أراد الطلاق على اللعب لزمه.

وفيها: من قال زوجني فلانة، فقال وليها المستقل فعلت، فقال: لا أرضى نكاحه يلزمه لا كالبيع؛ لأن ابن المسيب قال: «ثلاث ليس فيهن لعب هزلهن جد، النكاح والطلاق والعتاق» فقال اللخمي: قال ابن القاسم هزل الطلاق لازم، وأرى إن قام دليل الهزل لم يلزمه طلاق، وسمع ابن القاسم من قال له رجل ما هذه المرأة. قال: مولاتي أزوجكها.

قال: نعم، ففعل، ثم خرج فكان يهزل لا طلاق عليه إلا أن ينويه.

ابن القاسم: ويحلف ما أراده ويؤدب.

ابن رُشْد: لم يلزمه أو طلاقا مع أنه زوجها بعد قوله إنها مولاته، ومن قولها أن بيع الرجل زوجته طلقة بائنة كذا لهما في سماع زونانٍ من هذا الكتاب وسماع عيسى من الحدود وسماع يحيى من العتق.

قُلتُ: إنما في سماع زونانٍ لابن القاسم فقط، وفي سماع يحيى قال سَحنون: كان مالك يقول تطلق عليه، وفي سماع عيسى عنهما معا قال: وعن مالك أنها ثلاث وهو قول أَصْبَغ وأحد قولي ابن عبد الحَكم وتزويجه إياها كبيعه. قاله محمد. فإنما لم يلزماه الطلاق من أجل أنه زوجها هازلا فقولهما نحو رواية الواقدي، وما في سماع أبي زيد من كتاب النكاح: أن النكاح لا يجب بالهزل وإيجاب ابن القاسم حلفه تفسير لقول مالك ومثله لعيسى في كتاب العتق إن حلف ترك مع زوجته، وإن نكل جرى على الخلاف فيمن شهد عليه شاهد بطلاق فنكل، وعن ابن القاسم فيمن زوج امرأته تحرم عليه بالثلاث بنى بها أم لا، وهو على قياس القول بأن تزويج الرجل امرأته بتات وأن هزل النكاح جد، وعلى قول من لا يرى بيع الرجل امرأته طلاقا، وهو سماع زونانٍ ابن وَهْب وأحد قولي ابن عبد الحَكم، فبين أن لا طلاق عليه في هذه المسألة.

قُلتُ: ظاهر كلام ابن رُشْد صرف الهزل للنكاح لا للطلاق، وظاهر ذكر الشيخ السماع المذكور في باب هزل الطلاق صرفه إليه فيقوم منه.

نقل ابن الحاجب القول الثالث بلغو هزل الطلاق مطلقًا لا بقيد قيام دليله، ولم يحك ابن رُشْد في لزوم طلاق الهزل خلافا، وذكر ابن القاسم فيها قول سعيد استظهارًا لنتيجة اجتهاده لا أنه دليله؛ لعدم حجية قول التابعي، إنما الخلاف في قول الصحابي وإلا لزم كونه مقلدا لسعيد.

وروى الترمذي عن أبي هريرة راوية قال: قال رسول الله ﷺ: **«ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة»**، قال: هذا حديث حسن غريب[1]، ولم يحك ابن العربي في لزوم طلاق الهزل وعتقه خلافا، ونقل الخلاف فيه مطلقًا دون تفصيل كون الهزل في إيقاعه أو إطلاق لفظه عليه قصور لما مر في نقل الشيخ.

ابن شاس: إن لقن الأعجمي لفظ الطلاق وهو لا يفهمه لم يلزمه.

ابن شاس: من قال يا عمرة فأجابته حفصة، فقال أنت طالق يحسبها عمرة طلقت، وفي طلاق حفصة خلاف.

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1184) في الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق.

وسمع ابن القاسم جواب مالك عن سكران أتى باب دار فأغلق صاحب الدار بابه فزعزعه، وكانت له امرأة حرة فقال هي طالق طالق، فقال له صاحب الدار حرمت عليك، فقال إن كانت حراما فهي حرام، فقال له ويحك طلقت منك، فقال: إن كانت طالقا فهي طالق أراها بانت منه.

ابن رُشْد: معناها أنه أتى باب دار ظنه داره فأغلقه ربه فظن هو أن زوجته هي التي أغلقته دونه، فقال هي طالق فخاطبه صاحب الدار بما تقدم فرأى مالك بينونتها بقوله أولا طالق طالق مع قوله إن كانت طالقا فهي طالق، لزمته طلقتان بقوله أولا والثالثة بقوله أخيرًا ولم يلزمه شيء في قوله إن كانت حراما فهي حرام؛ لأنها لم تكن حراما، وإيجابه الطلاق بقوله هي طالق طالق وهو يشير إلى رب الدار يظن أنه امرأته، معارض لما في سماع عيسى بعد هذا مثل ما في أول سماعه من كتاب النكاح والقولان في هذا قائمان من قولها في العتق في مسألة ناصح ومرزوق.

وسمع عيسى ابن القاسم من مرت به امرأة في ظلمة ليل فوضع يده عليها فقال لها أنت طالق إن وطئتك الليلة وهو يرى أنها زوجته، فإذا هي غير امرأته ووطئها قبل علمه، لا حنث عليه؛ لأنه وطئ غير امرأته.

ابن رُشْد: هذه معارضة لما تقدم في سماع ابن القاسم ومخالفة لأولى سماع عيسى من كتاب النكاح فيه. قال ابن القاسم: من سأل أهل امرأته أن يدخلوها عليه فأدخلوا عليه جارية امرأته وامرأته ثيب، وسألوه الكف عن وطئها، فقال: إن أنا أطأ امرأتي الليلة فكل مملوك لي حر إن وطئتها الليلة، وهو يشير إلى الجارية يظنها امرأته، ثم وطئها تلك الليلة رقيقه أحرار.

ابن رُشْد: قوله رقيقه أحرار خلاف قوله في الذي مرت به امرأته في ظلمة الليل.

قُلتُ: حاصل نقل ابن شاس لزوم طلاق المنوية وفي المخاطبة خلاف، وحاصل زعم ابن رُشْد أن قوله في مسألة السكران خلاف قول مسألة ظلمة الليل أن في طلاق المنوية خلافا، وهو زعمه من المناقضة بينهما ليس كذلك، وبيانه أن قوله في مسألة السكران بناء على إضافته للحكم للمنوي لا للمخاطب، وقوله في مسألة ظلمة الليل محتمل لكونه بناء على إضافته للمنوي أو للمخاطب، وهذا لأن قوله فيها لا شيء

عليه لازم على الأمرين معًا، أما على إضافة الحكم للمنوي وهي امرأته فظاهر أن لا شيء عليه؛ لأن ما التزمه من الطلاق معلق على الوطء وهو لم يطأ المنوية بحال، وأما على إضافته إلى المخاطب أو المشار إليه فظاهر أيضًا؛ لأن المشار إليها غير امرأته وهي غير قابلة للطلاق، وإنما يتم له ذلك لو كانت المرأة المشار إليها غير امرأته وهي غير قابلة للطلاق وإنما يتم له ذلك لو كانت المرأة المشار إليها امرأة له أخرى غير امرأته المنوية، وظاهر قوله والرواية أنها أجنبية، وقول ابن الحاجب لو قال: يا عمرة فأجابته حفصة فقال أنت طالق يحسبها عمرة فأربعة يقتضي وجود القول بطلاقهما وبقائهما وطلاق عمرة دون حفصة وعكسه ولا أعرف منها نصا، إلا ما تقدم لابن شاس والأسمعة، وزعم ابن رُشْد فيها والمسألة جارية على مسألة كتاب العتق حسبما أشار إليه ابن رُشْد وهو من قال يا ناصح قف، فأجابه مرزوق، فقال أنت حر ففي عتقهما مطلقًا ورقهما، ثالثها: إن قامت عليه بينة وإلا فالمنادى فقط، ورابعها: المخاطب فقط، للصقلي عن أَصْبَغ قائلا كمن أوقع الطلاق على أحد امرأتيه يظنها الأخرى وعن نقل ابن سَحنون، ولابن القاسم وأشهب فيها ونقل ابن شاس لزوم طلاق المنوية مطلقًا دون المخاطبة خامس.

الشيخ عن الموازيَّة: من قال أنت طالق على أن يقول ثلاثة أو البتة ثم سكت عن ذلك في يمين أو غيرها لم يلزمه الثلاث حتى يريد بقوله طالق الثلاث.

الشيخ عن العتبي: سمع ابن القاسم من حلف بطلاق لا كلم فلانا وبدأ كلامه على أن يقول أولا أبدأ، فبدا له وقال شهرًا موصولا بيمينه دون صمت ذلك له.

وطلاق المكره وسائر فعله في نفسه لغو: والخلاف في الفعل وشرط التورية وما به الإكراه تقدم في الأيمان.

الشيخ عن أَصْبَغ: من حلف دراءة عن ولده لزمته يمينه، إنما يعذر في الدراءة عن نفسه وفي بعض التعاليق عن أبي القاسم اللبيدي إنكار قول أَصْبَغ، وقال أي إكراه أشد من رؤية الإنسان ولده يعرض عليه أنواع العذاب، وقال ابن شاس: التخويف بقتل الولد إكراه، فحمله ابن عبد السلام على خلاف المنقول في المذهب فذكر قول أَصْبَغ، والأظهر أنه ليس بخلاف؛ لأن الأمر النازل بالولد قد يكون ألمه مقصورا عليه، وقد

يتعدى للأب فهو في غير قتله معروض للأمرين، فقول أَصْبَغ في القاصر على الولد وهو ظاهر من قوله دراءة عن ولده لا في المتعدي للأب، لقوله إنما يعذر في الدراءة عن نفسه، وقول اللبيدي إنما هو في المتعدي للأب، أما في قتله فلا يشك في لحوقه للأب والأم والولد والأخ في بعض الأحوال، فلا ينبغي حمل ذلك على الخلاف؛ بل على التفصيل بحسب الأحوال، والوطء في نكاح الإكراه إكراها زنى من المكره لا المكره وإجازته بعد وقوعه اختيارا كنكاح موقوف.

الشيخ عن سَحنون وغيره من أصحابنا: إن أكره على كفر أو شتم النبي ﷺ أو قذف مسلم بقطع عضو أو ضرب يخاف منه تلف بعض أعضائه لا تلف نفسه لم يجز له ذلك، إنما يسعه ذلك لخوف القتل لا لغيره وله أن يصبر حتى يقتل وهو أفضل له، سَحنون: وكذا لو أكره على أكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر لم يجز له إلا لخوف القتل.

قال: وأجمع أصحابنا وغيرهم أنه لا يسعه قتل غيره من المسلمين ولا قطع يده بالإكراه ولا على أن يزني، وأما على قطع يد نفسه فيسعه ذلك.

[باب لفظ الطلاق الصريح]

ولفظه صريح: وهو ما لا ينصرف عنه بنية صرفه[1].

[باب الكناية الظاهرة]

وكناية ظاهرة: وهو ما ينصرف عنه بها[2].

[باب الكناية الخفية]

وخفية: وهو ما يتوقف به دلالته عليه عليها[3]، وفي كون الصريح لفظ طالق وما

---

(1) قال الرَّصاع: معناه ما لا تنفع فيه النيَّة في رفعه.

(2) قال الرَّصاع: معناه لفظ ينفع صرفه عن الطلاق بالنية.

(3) قال الرَّصاع: أي لفظ تتوقف دلالته على الطلاق على وجود النيَّة من اللافظ.

تصرف منه فقط أو مع خلية وبرية وحبلك على غاربك وشبهها نقلا ابن رُشْد عن القاضي وابن القصار، زاد الباجي عنه: السراح والفراق والحرام قائلا بعضها أبين من بعض، وخرجهما على اعتبار كونه لغة الخالص، وعلى اعتبار كونه لغة البين ذكر ابن القصار.

وفي عيون المجالس: تسعة ألفاظ زاد على ما سميناه بتة وبتلة وبائن، وإليها أشار ابن رُشْد.

ابن الحاجب: وزاد ابن القصار خمسة في غير الحكم.

ابن هارون: يريد في الفتيا فالحكم أحرى.

ابن عبد السلام: يريد أنها لا تشارك لفظ الطلاق في الحكم الذي تقدم، وهو ظاهر في الحرام والبتة والبتلة، وأما السراح والفراق فهما مقاربان لمعنى الطلاق، ولهذا وافق بعض الشيوخ على أنهما من صريحه.

قُلتُ: يلزم على الأول في لفظ ابن الحاجب تكرار؛ لأنه مستفاد من الأولى، ويلزم على الثاني التناقض؛ لأن كونها من الصريح يقتضي كونها مثل لفظ الطلاق، وكونها لا تشاركه في الحكم نقيضه والأقرب الأول، والتكرار خوف توهم قصرها على الحكم، وخص ابن الحاجب الظاهرة بما لا ينصرف وجعل ما ينصرف كناية محتملة.

وفيها: إن قال أنت طالق، وقال نويت من وثاق لا الطلاق ولا بينة وهو مستفت، فهي طالق كقول مالك فيمن قال ابتداء أنت برية ولم ينو به الطلاق أنها طالق، لا ينفعه ما أراد من ذلك بقلبه، وقد قال مالك من قال طالق البتة، وقال أردت واحدة فزل لساني هي ثلاث.

قال بعضهم: هو قياس أحروي؛ لأن برية كناية، فإذا لم ينوه فيها فأحرى في طالق؛ لأنه صريح.

ابن عبد السلام: وفيه نظر لاحتمال أن قائل أنت طالق قصد بإطلاقه غير الطلاق وهو إطلاقها من وثاق، وقوله أنت برية قصد به إيقاع اللفظ ولم تكن له نيَّة مزاحمة للطلاق، فوجب حمل لفظه على مدلوله عرفا وهو الطلاق، ولهذا اختصرها غير واحد على لفظ السؤال والجواب تنبيها على ضعف قياسه.

قُلتُ: يرد بأن دعواه في قوله أنت برية أنه لم تكن له نيَّة مزاحمة للطلاق باطلة، لقوله فيها لا ينفعه ما أراد من ذلك بقلبه، فقد نص على أنه أراد بقلبه شيئًا غير الطلاق وحكم بعدم نفعه إياه، فإن قلت المزاحم في أنت طالق بين وهو إطلاقها من وثاق فما هو في أنت برية.

قُلتُ: هو كثير ككونها برية من الفجور أو الخلق القبيح أو الخير أو غير ذلك، ولو قامت قرينة تدل على إرادة حل الوثاق ككونه جوابا طلبه لم يلزمه طلاق إلا أن ينويه فيها، إن قال: أنا خلي أو بري أو بائن أو بات وإن لم يقل منك، أو قال أنت خلية أو برية أو بائنة، وإن لم يقل مني وقال: لم أرد طلاقا، فإن تقدم كلام من غير طلاق يكون هذا جوابه فلا شيء عليه وإلا لزمه ولا نيَّة له، وإن قال أنت طالق فهو ما نوى، فإن لم ينو شيئًا فهي واحدة، وفي حلفه على أنه لم يرد أكثر من واحدة نقل اللخمي عن ابن القاسم ورواية المدنيين.

ابن بشير: الأول المشهور وهما على يمين التهمة، أما سرحتك وخليتك وخليت سبيلك وفارقت، فقال ابن رُشْد: قيل فيها وفي شبهها ثلاث في المدخول بها وغيرها إلا أن ينوي واحدة وقيل واحدة قبل البناء وثلاث بعده إلا أن ينوي واحدة والقياس أن ما هو قبل البناء ثلاث إلا أن ينوي واحدة أنه بعده ثلاث ولا ينوي، وما هو قبل البناء واحدة إلا أن ينوى ثلاثا أنه بعد ثلاث إلا أن ينوي واحدة.

الشيخ: في كون سرحتك ثلاثا لا ينوي أو واحدة حتى ينوي أكثر قولا أشهب، محمد: لعل الثاني فيمن لم يبن، ولو قال لم أرد طلاقا في غير جواب سؤاله، ففي قبول قوله نقلا الشيخ عن ظاهر قول أشهب ونص محمد قائلا وخليتك مثله، ولو قال في فارقتك لم أرد طلاقا ففي قبول قوله ولزوم الثلاث نقل الباجي عن ابن القاسم قال ويحلف، ونقل ابن زرقون عنه.

قُلتُ: كذا في النوادر فيها وفي خليت سبيلك.

محمد: اختلف قول مالك في فارقتك وخليت سبيلك وأصح قوله أنها ثلاث إن بنى إلا أن ينوي واحدة، وإن لم يبن فواحدة إلا أن ينوي أكثر، وروى ابن القاسم في خليت سبيلك ينوى ويحلف، وقاله محمد وأَصْبَغ، وروى ابن وَهْب هي واحدة حتى

ينوي أكثر وقاله ابن عبد الحكم.

ابن بشير: إذا حملت على الواحدة يختلف هل هي رجعية أو بائنة.

اللخمي: قال مالك مرة في فارقتك هي ثلاث بنى أو لم يبن إلا أن ينوي واحدة، وقال أيضًا بعد البناء ثلاث إلا أن ينوي واحدة، وقبله واحدة إلا أن ينوي أكثر، وقال مرة هي واحدة وإن بنى إلا أن ينوي أكثر.

أشهب: هي ثلاث ولا ينوى، وقال مرة هي واحدة إلا أن ينوي أكثر، والقول إنها واحدة مطلقًا أحسن؛ لأن الفراق والطلاق واحد. قال الله تعالى: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2]، ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: 130]، ولم يأمر بالثلاث.

قُلتُ: له نيته في خليت سبيلك ولو بنى، فإن لم تكن له نيَّة فهي ثلاث.

قال ابن وَهْب عن مالك: خليت سبيلك مثل فارقتك، ونقلها ابن الحاجب بقوله وفيها خليت سبيلك وفارقتك ثلاث بنى أو لم يبن قاصر.

وفيها لابن شهاب في أنت السراح هي تطليقة إلا أن يكون أراد بذلك بت الطلاق.

البتة: قلت: المذهب أنها ثلاث ولا ينوى إن بنى.

الباجي: اتفاقًا وإن لم يبن فروايتان، لها، وللباجي مع ابن زرقون عن ابن الماجِشُون، وخرجه الباجي على تبعيضها والأولى على عدمه، وعلى الثانية قال مالك يحلف.

سَحنون: إذا أراد نكاحها، لا قبل ذلك.

ونحوه لابن الماجِشُون، الشيخ عن ابن عبدوس عن عبد الملك باتة قبل البناء إن أراد بها صفة الطلقة فهي واحدة ويحلف.

سَحنون: إذا أراد نكاحها لا قبل ذلك قالا عنه ومبتوتة ثلاث؛ لأنها صفة المرأة.

قُلتُ: لا يقال القاعدة أن اسم الفاعل من معنى كاسم المفعول منه إلا في معنى الفاعلية والمفعولية كطالق ومطلقة، لأنا نقول باتة ومبتوتة اشتركتا في الدلالة على قيد الوحدة، فجريها على الطلاق يصيره واحدة فلا يلزم غيرها، وجريه على المرأة لا يصير

الطلاق واحدة فبقي على ظاهر عمومه، وذكر أبو داود عن نافع بن عجير **«أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر بذلك النبي ﷺ قال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال النبي ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله ﷺ»** أبو داود: هذا أصح من حديث ابن جريج لحديث قبله[1].

عبد الحق: في بعض طرق هذا الحديث: **«ما أردت إلا واحدة. قال: آلله. قال: آلله. قال: هو على ما أردت»**[2]، وفي إسناده عبد الله بن علي بن السائب عن نافع بن عجير عن ركانة، والزبير بن سعيد عن عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده وكلهم ضعيف والزبير أضعفهم. قال البخاري علي بن يزيد بن ركانة عن أبيه لم يصح حديثه.

قُلتُ: ذكره الشيخ تقي الدين في إلمامه باللفظ الثاني، وقال خرجه أبو داود ثم ابن حبان في صحيحه.

قُلتُ: فهو إذن مختلف في تصحيحه.

بتلة مثل بتة لم أعرفه لغير ابن شاس وهو صواب في صحاح الجوهري بتلت الشيء أبتله بالكسر بتلا إذا أبنته من غيره، ومنه قولهم طلقتها بتة بتلة خلية وبرية في كونها قبل البناء ثلاثا إلا أن ينوي واحدة أو واحدة إلا أن ينوي أكثر قولها، ونقل ابن زرقون عن ابن الماجِشُون وبعده ثلاث، وفي تنويته فيهما، ثالثها: الوقف للخمي عن أشهب مع الباجي عن روايته ولها، ورواية اللخمي.

الباجي: تحتمل رواية أشهب أن الواحدة بائنة أو رجعية والأظهر الأول؛ لأن الرجعية لم تبن من الزوج ولا خلت منه.

وفي بائنة في كونها ثلاثا، وينوى قبل البناء لا بعده أو واحدة قبل البناء إلا أن ينوي أكثر، ثالثها: واحدة رجعية بعد البناء لها مع اللخمي عن المشهور، وعن عبد

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1177) في الطلاق، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة، وأبو داود: رقم (2196) في الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ورقم (2206)، و (2208) في الطلاق، باب في البتة.

(2) تقدم تخريجه.

الملك وابن العربي عن ابن عبد الحَكم عن رواية ابن وَهْب.

قُلتُ: يتخرج إجراء بائنة صفة للمرأة أو الطلقة على ما مر لعبد الملك في باتة.

وحبلك على غاربك: روى أبو عمر: ينوي فيما أراد من الطلاق.

قال: وقال مالك مرة لا ينوى، لا يقوله أحد وقد أبقى من الطلاق شيئًا، هي ثلاث على كل حال، واتفق قوله على أنها طلاق وإن لم يرد الطلاق.

ابن زرقون عن محمد: ينوى قبل البناء فقط ويحلف، وقال أبو عمران ينوى قبل البناء اتفاقًا.

اللخمي: ظاهر المدَوَّنة لا ينوى، وقال ابن عبد الحَكم: هي واحدة ولو بنى، وفي المدنيَّة أنها واحدة قبل البناء وثلاث بعده.

الباجي: سمع أشهب إن لم يبن فعسى أن تكون واحدة، ولو ثبت أن عمر نواه ما خالفته.

الباجي: مقتضى مذهب مالك أنها للثلاث؛ لأن الحبل كناية عن العصمة، فقوله حبلك على غاربك إقرار بخروجه عن يده، وذلك يقتضي أنه طلاق لا رجعة له فيه، والغارب أسفل السنام وهو ما انحدر من العنق.

قُلتُ: قوله: (مقتضى مذهب مالك) هو نصها إن قال حبلك على غاربك فهي ثلاث ولا ينوى وكالميتة والدم ولحم الخنزير.

فيها: هي ثلاث وإن لم ينو به الطلاق.

اللخمي: يجري فيها من الخلاف ما في أنت علي حرام.

وهبتك ورددتك إلى أهلك، فيها: هي ثلاث إن بنى ولا ينوى فيما دونها، ولو ردها أهلها وإن لم يبن فهي ثلاث إلا أن ينوي واحدة، وسمع ابن القاسم في كتاب التخيير من قال لأهل امرأته شأنكم بها إن بنى فهي ثلاث ولا ينوى كقوله وهبتك لأهلك أو رددتك لأهلك، وإن لم يبن فهي واحدة.

ابن رُشْد: قوله في شأنكم ووهبت ورددت أنها قبل البناء واحدة، وبعده ثلاث ولا ينوى وقيل هي قبل البناء واحدة وبعده ثلاث إلا أن ينوي واحدة وكذا الخلية والبرية والبائن تدخلها الأقوال الثلاثة، وظاهر قول غير ابن القاسم في ثاني عتقها أن

الموهوبة ثلاث قبل البناء وبعده ولا ينوى؛ لأنه قال: إذا وهبها فقد وهب ما كان يملك منها، وكان يملك منها جميع الطلاق، وقيل: في شأنكم بها أنها واحدة قبل البناء وبعده وهو الذي في الموطأ من قول القاسم بن محمد.

الشيخ: لابن حبيب عن الأخوين اذهبي لا ملك لي عليك، أو لا تحلين لي، أو احتالي لنفسك، أو أنت سائبة، أو عتيقة، أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام، أو لم أتزوجك، أو تقنعي، أو استتري عني، أو اعتزلي، أو اخرجي، أو انتقلي عني، وشبه ذلك كله لا شيء فيه بنى أو لم يبن إلا أن ينوي طلاقًا فهو وما نوى.

أَصْبَغ: إن لم ينو شيئًا ونوى الطلاق فهي ثلاث حتى ينوي أقل.

قُلتُ: في قبولها إياه نظر؛ لأنه إن دل على الثلاث بذاته لم يفتقر لنيَّة الطلاق، وإن لم يدل إلا بنية الطلاق فالنيَّة كاللفظ، ولفظ الطلاق لا يوجب بنفسه عددًا.

وسمع ابن الماجِشُون: إن قال لها آذيتني فقد حللت عقالك فهي البتة.

وفيها: إن قال لها أنت حرة أو الحقي بأهلك لا شيء عليه إلا أن ينوي طلاقها فهو ما نوى ولو واحدة.

الشيخ في الواضحة: من قال لامرأته أنت حرة، أو لأمته أنت طالق غلطا فلا شيء عليه حتى ينوي أنها بذلك اللفظ طالق وحرة.

قُلتُ: مفهوم "غلطا" ومفهوم "حتى ينوي" متعارضان والمعتبر الثاني.

قال: وقال ابن الماجِشُون إن قال لامرأته أنت مني حرة، أو لأمته أنت مني طالق، أو طالق لوجه الله، فامرأته طالق وأمته حرة ولا يسأل عن نيته، وروى محمد: من قال إن شئت أن تقيمي وإن شئت فالحقي بأهلك، فقالت: لحقت بأهلي، وقال: لم أرد طلاقا إنما أردت تخويفها، حلف ولا شيء عليه، وقال ابن شهاب: هي واحدة، وإن قال لها في منازعة اجمعي عليك ثيابك، وقال: لم أرد طلاقا حلف وصدق، ولو قال لأبيها اقبل مني ابنتك، فقال: قبلتها، فقال: على أن ترد إلي مالي؛ بانت منه، ولا شيء عليه ما لم يكن نسقا، ولو قال اذهبي تزوجي لا حاجة لي بك، أو قال لأمها زوجيها ممن شئت لا حاجة لي بها فلا شيء عليه ما لم يرد الطلاق، وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب العدة:

من قال لامرأته اذهبي فتزوجي لا شيء عليه إن لم يرد طلاقًا.

ابن رُشْد: إن كان مستفتيا، وإن كان مخاصما حلف ما أراد طلاقا على ما مر في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: قال فيه إن نكل عن اليمين جرى على الخلاف فيمن نكل عن اليمين لشهادة شاهد عليه بطلاق، قيل: تطلق عليه، وقيل: يحال بينهما ولا يسجن، وقيل: يسجن حتى يطول، وسمع ابن القاسم فيه: من أراد سفرا فطلب البناء بزوجته الليلة فأبوا، فقال لهم اتركوني ليس لي بها حاجة وانصرف، لا شيء عليه إن لم يرد طلاقا، وإن كان لها من يحلفه حلف بالله ما أراد طلاقا.

ابن رُشْد: تهمته على إرادة الطلاق فيها ضعيفة وإن نكل عن اليمين تركه مع امرأته لا يدخله ما مر من الخلاف.

قُلتُ: ولذا قال في السماع إن كان لها من يحلفه.

وفيها: لا شيء على من قال لامرأته لست لي بامرأة أو لم أتزوجك إلا أن ينوي الطلاق، وسمع القرينان معها من أجاب من قال له ألك امرأة بلا؟ لا شيء عليه إلا أن ينوي الطلاق.

ابن رُشْد: لابن القاسم في سماعه ويحلف، وكذا لعيسى في سماعه من كتاب العتق.

قُلتُ: هذا صحيح وما لابن القاسم إنما قاله فيمن قاله وزوجها حسبما مر.

الشيخ عن محمد: من قال لا سبيل لي عليك ولم يرد طلاقا دين وحلف، وكذا ليس بيني وبينك حلال ولا حرام، وما أنت لي بامرأة، أو لم أتزوجك، لا شيء عليه حتى يريد الطلاق.

أَصْبَغ: فيكون البتات إلا أن ينوي أقل، وكذا لا نكاح بيني وبينك، أو لا ملك لي عليك، أو لا سبيل لي عليك إلا أن يكون الكلام عتابا فلا شيء عليه حتى ينوي الطلاق.

قُلتُ: قوله: (وكذلك لا نكاح بيني وبينك إلى آخره) متعارض، أوله يقتضي أن لا شيء عليه مطلقًا إلا أن ينوي طلاقا، وآخره يقتضي إنما ذلك في العتاب، وفي قول أَصْبَغ من النظر ما تقدم في مسألة اذهبي وأخواتها فانظره.

الشيخ عن سَحنون: من اشترت عصمتها من زوجها فهي ثلاث؛ لأنها ملكت جميع ما كان يملك من عصمتها، وقال بعض أصحابنا: ابن القرطبي والأبياني في لا عصمة لي عليك ثلاث إلا مع الفداء فهي واحدة حتى يريد ثلاثًا.

الشيخ: وذلك صواب لقول ابن القاسم فيها: من قال لعبده ابتداء لا ملك لي عليك أنه عتق.

وسئل النعالي من برقة عن من قال لامرأته إن لم تفعلي كذا فلست لي بامرأة وحنث، فتوقف فيها سنة يتأملها فلم يجب بشيء، وأجابهم الشيخ بوجوب الطلاق عليه.

ابن محرز: هذا صحيح وهو خلاف قولها فيمن قال لامرأته لست لي بامرأة؛ لأن هذا اللفظ ظاهره الخبر وهو كاذب، والحالف إنما أراد تحريمها ورفع عصمتها.

قُلتُ: نقل ابن عات وغيره نقل ابن محرز هذا ولم يتعقبوه، ومقتضى أقوالهم أنها غير منصوصة، وفي النوادر ما نصه: قال أبو زيد عن ابن القاسم من دعا امرأته للوطء فأبت، فقال: إن قمت ولم تفعلي ما دعوتك إليه فما أنت لي بامرأة، يريد به الطلاق، فدق رجل الباب فقامت ولم ينو واحدة ولا أكثر. قال: هذا ثقيل، وكأنه رأى أن تلزمه البتة.

قُلتُ: وهذا كالنص، والتحقيق أن المسألة إما أن ينوي فيها الحالف الطلاق أو ينوي غيره، كالمريد بقوله لست لي بامرأة أنها غير قائمة بحقوقه الواجبة وأغراضه العارضة أو لا نيَّة له بحال، وظاهر تعليل ابن محرز أن الحالف مريد للتحريم، فإن كان الأمر كذلك فالمسألة إذا منصوصة لابن القاسم، وظاهر لفظه أنها غير منصوصة وإن نوى غير الطلاق، فالظاهر ينوي في الفتوى بغير يمين وفي القضاء بيمين، وإن لم ينو شيئًا ففيها نظر وهو محمل توقف أبي بكر النعالي، ومقتضى قول ابن القاسم أنها البتات؛ لأنه لو لم يلزمه شيء مع عدم إرادة الطلاق لما لزمه مع إرادته البتة؛ بل طلقة واحدة كقوله لست لي بطائعة مطلقًا ومعلقًا، فإن قلت: مفهوم، "يريد به الطلاق" في جواب ابن القاسم أنه إن لم يرده فلا شيء عليه.

قُلتُ: يريد إنما هو في السؤال، سلمناه، لا نسلم أن مفهومه لا شيء عليه؛ بل مفهومه إن لم يرده لزمته البتة من باب أحرى؛ لأن إرادته قرينة في إرادة مدلوله وهو

طلقة واحدة، فإذا لزمته البتة مع هذه القرينة فأحرى مع عدمها، ولابن رُشْد في سماع أبي زيد مفهومه إن لم يرد الطلاق فلا شيء عليه، ولو نواه ففي لزوم الثلاث احتياطا أو بالحكم، ثالثها: واحدة لأَصْبَغ عن ابن القاسم وسماعه أبو زيد مع قول أَصْبَغ وعيسى.

وفيها زيادة في آخر فصل التعليق وهي جارية على أصل مذكور في الفقه مختلف فيه، وهو كون مدلول اللفظ معلقا هل هو كذلك غير معلق أو أشد أو أخف؛ لأن قوله لست لي بامرأة المنصوص فيها أنها لغو إلا أن يريد به الطلاق، فإن قلنا المعلق مثله أو أخف لم يلزم الحالف شيء، وإن قلنا بالعكس لزمه الطلاق إن لم يكن نواه، والثلاث إن نواه حسبما تقدم في النذور في قوله علي هدي، وقوله إن فعلت كذا فعلي هدي، ونحوه في أول كتاب المدبر وفي كتاب الهبات.

ابن بشير: من قال لا عصمة بيني وبينك لم يلزمه طلاق، ولو قال إن فعلت كذا فلا عصمة بيني وبينك وشبه هذا اللفظ، فوقف فيه بعض الأشياخ، وأجاب الشيخ بلزوم الطلاق، وقول ابن عبد السلام ليس الأمر كما ظنه، واحتج بما تقدم عن سَحنون وابن شعبان والإبياني حسن.

وفيها: من قال لا نكاح بيني وبينك، أو لا ملك لي عليك، أو لا سبيل لي عليك، فلا شيء عليه إن كان الكلام عتابا إلا أن ينوي الطلاق، عياض: ظاهره إن لم يكن عتابا ولم ينو شيئًا أنه الطلاق مثل قوله ذلك لعبده في كتاب العتق، وتقدم نقلها من الموازيَّة وما في لفظها من التنافي، ونقل اللخمي ألفاظ المدَوَّنة من الواضحة في جملة ألفاظ بجواب لا شيء عليه إلا أن ينوي به الطلاق من غير قيد قوله عتابا، وقال أشد هذه الألفاظ لا سبيل لي، ولا ملك لي عليك، ولست مني بسبيل، وأنت سائبة، ومني عتيقة، وأرى أنها طلاق لا يصدق أنه لم يرده إلا لوجه، وقد قال ابن القاسم قوله لعبد لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك ابتداء عتق، وإن كان قبله ما يدل على أنه لم يرد العتق قبل قوله فكذا الطلاق.

وسمع ابن القاسم: من عاتبته امرأته فقال برئت مني لا شيء عليه، هذا من قول الناس في العتاب إن اتهم أحلف.

ابن رُشْد: لأنها من ألفاظ الطلاق التي تذكر عتابا لا طلاقا كقولها في لا نكاح

بيني وبينك، ولا سبيل لي عليك، ولا ملك لي عليك، لا شيء عليه إن كان الكلام عتابا، وقوله لزوجته أنت علي حرام في كونها ثلاثا وينوي قبل البناء لا بعده، أو لا مطلقًا، أو واحدة قبله وثلاثا بعده، أو واحدة بائنة، خامسها واحدة رجعية، وسادسها ينوى مطلقًا، وسابعها لغوها، للمشهور، وعبد الملك، وأبي مصعب مع ابن عبد الحَكم ورواية ابن خويز منداد وابن سَحنون عن ابن أبي سلمة، والكافي عن مالك مع جماعة من أصحابه وعياض عن أَصْبَغ، وظاهر لفظ اللخمي والمازري والباجي وغيرهم أن معنى القول بأنه لا ينوى بعد البناء أنه مطلقًا ولو كان مستفتيا، ويأتي لابن رُشْد وبعض أصحاب ابن سَحنون خلافه وأطلق المازري وعياض والأكثر فرض المسألة، وقيدها اللخمي بكونه أراد الطلاق فيسقط السابع، وعبر عنها المازري أولا بقوله أنت علي حرام، وثانيا بقوله الحلال عليه حرام، وقال اختلفت أجوبة مالك وأصحابه في الكناية في بعضها ثلاث لا ينوى في أقل منها وفي بعضها ينوى، وفي بعضها واحدة حتى ينوى أكثر، وفي بعضها ينوي قبل البناء لا بعده، وفي بعضها قبل البناء واحدة وبعده ثلاث، واختلف في تعيين بعض الألفاظ لبعض هذه الأقسام وسر اختلافهم، وسببه أن اللفظ الدال على الطلاق لغة أو عرفا إما أن يدل على بينونته وعدده كثلاث فيلزمان، أو على الأقل فقط فيتعين.

وفي صحتها بواحدة دون فداء وقصرها على الثلاث خلاف، أو على عدد معين غالبا وعلى غيره نادرا، فيلزم الغالب إن فقدت النيَّة وإلا قبلت من المستفتي، ومن عليه بينة تختلف فروعه أو عليهما بالسوية إن وجدت نيَّة قبلت، وإلا ففي حمله على الأقل استصحابا للعصمة وإلغاء للشك أو الأكثر احتياطا للفروج واستصحابا لحرمة الطلقة المخققة اضطراب، هذا من أسرار العلم به تنحصر أقوال العلماء وتنضبط مسائل الفتوى، وأقرب مثال لهذا مسألة الحلال علي حرام أول أقوالها على أنها للبينونة فالبتة غالبا في الثلاث نادرة فيما دونها.

قُلتُ: لو كانت نادرة في الواحدة ما نوي فيها في القضاء، ولو قال محتملة لها وللثلاث صح. قال والثاني على أنها موضوعة للثلاث، والثالث البينونة ولا تصح بعد البناء بغير فداء، والرابع للبينونة وتصح بواحدة بعده دون فداء، والخامس لأقل عدد

وأقل تحريم.

قُلتُ: والسادس لمطلق العدد دون بينونة، والسابع على عدم دلالتها على طلاق بحال، وقول ابن الحاجب بعد ذكره ستة الأقوال في مطلق الكناية الظاهرة، وجاءت غير الأول في الحلال علي حرام قصور كقول ابن حارث: اتفقوا في الحرام أنها ثلاث في المدخول بها وأن له نيته إن لم يدخل بها؛ لأن الواحدة تحرمها، وقول ابن الحاجب قيل: ينوى قبل البناء اتفاقًا إلا البتة أظن قائله أبا عمران لقوله في حبلك على غاربك ينوى اتفاقًا، ويرد هذا الاتفاق بما تقدم في الحرام وغيره فتذكره.

وفي الكافي نقل عن مالك لا ينوى في البتة دون سائر الكنايات، وسمع عيسى ابن القاسم من قالت له امرأته: مالي عليك حرام فقال: وأنت علي حرام إن أراد أني أوذيك وأستحل منك ما لا ينبغي فلا شيء عليه، وإن كان كقول الرجل لامرأته: أنت علي حرام بانت منه.

ابن رُشْد: إنما ينوى إن كان مستفتيًا، وإن كانت عليه بينة لم ينو على أصولهم؛ لأنه صريح بتحريمها والبساط يقويه لا يضعفه؛ لأن ظاهره أنه لما حرمت عليه مالها عاقبها بأن حرمها.

الشيخ عن ابن سَحنون عنه من حلف بالحلال عليه حرام ونوى واحدة قبل البناء فحنث بعده وقامت عليه بينة؛ لم تقبل نيته؛ لأنها يوم الحنث لا ينوى فيها.

ابن سَحنون: قال بعض أصحابنا إن علمت البينة منه ذلك قبل البناء لم يلزمه إلا طلقة وله الرجعة، وإن لم تقم بينة وجاء مستفتيا فله نيته بينه وبين الله تعالى؛ يريد: بعد البناء، وذكرها اللخمي بلفظ أن القائل: قال بعض أصحابنا هو سَحنون لا ابنه. قال: وهذا أبين؛ لأنه يوم حلف كان ممن ينوى ولو كانت عليه بينة.

قُلتُ: قول ابن رُشْد نص في أنه ينوى بعد البناء في أنت علي حرام ونحوه ما ذكره ابن سَحنون، وقال ابن حارث إثر هذه المسألة وقال أشهب في العبد يحنث في زوجته بعد عتقه بيمين قبله أنها تبقى عنده على ثنتين.

قُلتُ: لا يختلف في هذه كالأولى ولو كانت يمينه بطلقتين، وهو يجهل قدر طلاق العبد أشبهتها، وسمع عيسى ابن القاسم في التخيير من قال لامرأته: وجهي من

وجهك حرام، لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

ابن رُشْد: اتفاقًا؛ لأنه كقوله: أنت علي حرام هي بعد البناء ثلاث لا ينوى في أقل منها إلا أن يأتي مستفتيًا.

قُلتُ: قوله: (نص في أنه ينوى بعد البناء إن كان مستفتيًا) ونحوه ما تقدم من نقل ابن سَحنون خلاف ظاهر ما تقدم لغيرهما، وهذا هو ظاهر المدَوَّنة، وقول ابن رُشْد اتفاقًا قصور لقول اللخمي: قال ابن عبد الحَكَم: في قوله وجهي من وجهك حرام: لا شيء، وحمله على معتاد بعض الناس في قوله: عيني من عينك حرام، ووجهي من وجهك حرام، يريدون به البغض والمباعدة.

وما أعيش فيه حرام في لغوه وحرمة زوجته، نقل عبد الحق عن محمد وغيره قائلًا: أظنه في السليمانية.

قال: وأجاب أبو عمران في قول من عادتهم قصد تحريم الزوجة بكل ما أعيش فيه حرام هو طلاق، ونقل اللخمي قول محمد بلفظ قال: لا شيء عليه؛ يريد: أن الزوجة ليست من العيش فلم تدخل في لفظه إلا أن ينويها فيصير كقوله أنت علي حرام، وقيل: لا شيء عليه وإن أدخلها في يمينه جهلًا أنها من العيش كمن قال ادخلي الدار يريد به الطلاق جهلًا وظنًا أنه من ألفاظ الطلاق؛ وليس كذلك؛ لأن هذا نوى الزوجة وغلط في ظنه أنها من العيش وأوقع عليها الطلاق بلفظ حرام، وهو كمن غلط في اسم زوجته فأوقع عليها الطلاق والآخر سمى الزوجة ولم ينطق بالطلاق.

وفي حرمتها بقوله: كلامك علي حرام ولغوه.

نقل محمد عن أشهب قائلًا ولا ينوى في عدم الطلاق وابن عبد الحَكَم مع ابن القاسم، واحتج محمد بحرمة نظر أمهات المؤمنين دون كلامهن وكتحريم السعال والبزاق، وسَحنون قائلًا العتق كالطلاق.

اللخمي: السعال لا يتلذذ به، وكذا البزاق؛ لأنه بعد طرحه من الفم وتحرم بتحريم الريق؛ لأنه في الفم وهو الرضاب يتلذذ به.

[illegible] إن قصد حرمة استماعه لغو وإن قصد التلذذ به حرمت، وفي حرمتها بتحريم شعرها قولا أَصْبَغ وسَحنون، وصوب اللخمي الأول: لأنه يتلذذ

برؤيته ولمسه.

وفي لغو يمين: ما أنقلب إليه حرام إن كنت لي بامرأة لقرينة حلفه على الزوجة في إخراجها ولزوم حنثه فيها، نقل اللخمي عن ابن القاسم وأَصْبَغ.

ومن قال: أردت بأنت علي حرام الظهار في لغو نيته وإعمالها، ثالثها: تطلق فإن تزوجها لزمه الظهار، للخمي عن ابن القاسم وسَحنون ويحيى بن عمر.

ذكر ابن رُشْد قول ابن القاسم يلزمه الطلاق.

قال: ونقل اللخمي عن سَحنون في العتبيَّة أنه ينوى وليس ذلك بموجود عندنا في العتبيَّة فأراه غلطًا.

وفيها: إن قال: أنت علي حرام، وقال: أردت الكذب لا الطلاق لزمه التحريم، ولا ينوى لقول مالك في شبهه: لا نيَّة له، سئل عمن لاعب امرأته فأخذت بفرجه تلذذًا فنهاها فأبت، فقال لها: هو عليك حرام، وقال: أردت أن أحرم أن تمسه لا تحريم امرأتي، فوقف وخشي أنه حنث، وألزمه غيره من أهل المدينة التحريم، وهذا عندي أخف والذي سألت عنه أشد وأبين ألا ينوى؛ لأنه ابتدأ التحريم من قبل نفسه، وما سئل عنه مالك كان له سبب ينوى به.

قُلتُ: قوله: (كان له سبب ينوى به) ظاهر في أنه لا يلزمه تحريم، وأن تحريم مسها إياه غير تحريم، وعدم ذكر البرادعي لفظ ابن القاسم هذا مخل بفائدة.

الشيخ عن ابن حبيب: من قال لامرأته فرجي عليك حرام أو: فرجك أو دبرك علي حرام؛ حرمت عليه، إلا أن يريد الدبر حكاية ما جاء في ذلك ولم يقصد التحريم فلا شيء عليه، وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لامرأته: أنت أحرم علي من أمي كقوله البتة.

ابن رُشْد: هذا إن أراد به الطلاق وإلا فهو ظهار لقولها في أنت حرام كأمي ولا نيَّة له أنه ظهار، ولا فرق بين اللفظين وذلك بين من سماع ابن القاسم من كتاب الظهار.

قُلتُ: فيه لابن القاسم مثل تسوية ابن رُشْد بين اللفظين وفيه نظر؛ لأن أحرم تقتضي أن الزوجة أشد حرمة والتشبيه عكسه، وسمع عيسى ابن القاسم من قال: حلفت بالطلاق حتى أن امرأتي معي حرام، حلف ما أراد الطلاق وما امرأته معه حرام

وخلي بينهما فقبله الشيخ، وقال ابن رُشْد: قال ابن دحون هذه حائلة لا أصل لها في الفتيا، الواجب أن تبين منه بإقراره، وإليه ذهب ابن زَرْب وجعل أول مسألة من رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى مخالفة لها وليس كذلك؛ إذ ليس ذلك بإقرار صريح فاحتمل عند مالك أنه خشي على نفسه الحنث لكثرة حلفه بالطلاق.

قُلتُ: حاصل مسألة رسم يشتري الدور لزوم الإقرار بالطلاق وهذا هو المذهب، وللشيخ عن ابن حبيب عن أشهب من قال لقوم: طلقت امرأتي البتة، فسألوه كيف كان؟ فأخبرهم بسبب لا يلزمه به طلاق لا شيء عليه، ولو كان بين قوله وإخباره بسببه صمات، وقال أَصْبَغ: يلزمه الطلاق بإقراره الأول وفيها: قيل: فمن قال: علي حرام إن فعلت كذا؟ قال: لا يكون الحرام يمينًا في شيء إلا أن يحرم امرأته فيلزمه الطلاق واختصرها البرادعي سؤالًا وجوابًا لاحتمال لفظ أن يحرم امرأته كونه بالنص عليها أو بالنيَّة أو بمجرد التعليق.

اللخمي: من قال علي حرام ولم يقل أنت، أو قال: الحلال حرام ولم يقل علي؛ فلا شيء عليه.

وفيها: اعتدي طلاقٌ بقدر ما نوى وإلا فواحدة إلا أن يكون جوابًا لعدة دراهم ونحوه فلا شيء عليه، وأنت طالق اعتدي طلقتان إلا أن ينوي إعلامها أن عليها العدة فطلقة واحدة.

اللخمي عن المجموعة: أنت طالق فاعتدي طلقتان إلا أن ينوي واحدة، وطالق واعتدي طلقتان ولا ينوى.

ابن عبد الحَكم في أنت طالق اعتدي أو فاعتدي طلقة واحدة وهو أبين؛ لأن موضوع اعتدي الأمر بالعدة لا الطلاق.

وفي كون أنت طالق طلاق الصلح ثلاثًا أو واحدة بائنة، ثالثها: رجعية، للشيخ عن ابن الماجِشُون وأَصْبَغ مع المتيطي عن مالك وابن القاسم قائلا به القضاء والشيخ عن ابن حبيب عن مُطَرِّف.

وفيها: إن قال: أنت طالق تطليقة ينوى بها لا رجعة لي فيها فله الرجعة، وقوله: (لا رجعة لي عليك ونيته) باطل إلا أن ينوي بلا رجعة لي البتات باطل اللخمي؛ يريد

قوله ذلك ونيته سواء.

محمد: وكذا ولا رجعة لي عليك ونيته باطل.

ابن عبد الحَكم: في طالق لا رجعة لي عليك هي البتة، وفي ولا رجعة؛ له الرجعة.

اللخمي: قوله طلقة ينوي لا رجعة فيها أو قاله نطقًا كقوله طلقة بائنة؛ لأنه صفة للطلقة؛ بخلاف لا رجعة لي عليك إنما هو إسقاط لحقه في الرجعة، وأنت طالق طلاقًا لا رجعة فيه ثلاث اتفاقًا؛ لأنه صفة للطلاق، وظاهر المذهب من قال لزوجته بعد طلاقها: أسقطت حقي في رجعتك أو لا رجعة لي عليك أن له الرجعة، والقياس أن لا رجعة له؛ لأنه حق له عليها أسقطه كسائر الحقوق.

الشيخ عن الموازيَّة: أنت طالق أبدا هي البتة له نكاحها بعد زوج ما لم يرد كلما نكحتك.

محمد: كمن قال أنت طالق كل يوم أبدًا، كذا في نسخة مكتوب في آخر هذا الكتاب منها: "قوبلت بكتاب الشيخ أبي محمد"، وذكر اللخمي المسألة إلى قوله كلما تزوجتك واصلا بها ما نصه.

محمد: وكذلك الذي يقول: أنت طالق كل يوم أتزوجك أبدًا، فعلى لفظ اللخمي يجب رد التشبيه لمسألة كلما، وعلى اللفظ الأول يحتمل هذا، وعوده لمسألة طالق أبدًا، ومن الكناية الخفية ما جعله ابن الحاجب قسيمًا لمطلقها: قوله اسقني، وقولها: كلي واشربي، وقول عتقها ادخلي الدار، المشهور إن نوى الطلاق مطلقًا أو عددًا لزمه منويه.

اللخمي: وقال أشهب لا شيء عليه إلا أن يريد أنت طالق إذا قلت: ادخلي الدار، يريد أن الطلاق إنما يقع عندما أقول لا بنفس اللفظ، وذكر أبو عمر الأول لمالك وقال: لم يتابعه عليه أصحابه، ولم يذكر لأشهب خلافًا، وكذا الباجي لم يذكر فيه خلافًا. قال: قال أصحابنا: هذا على وقوع الطلاق بمجرد النية، ومذهب ابن القاسم يقتضي أنه لا يقع الطلاق في هذه المسألة بمجرد النية، إنما يقع بما قارن النيَّة من اللفظ الذي قصد به الطلاق، وقال مالك: من أراد أن يقول أنت طالق فقال: كلي واشربي لا يلزمه شيء، وإن وجدت منه النية.

قُلتُ: في تمسكه بهذا على لغو الطلاق بالنيَّة نظر؛ لأنه فرق بين النيَّة المستقلة

بإرادة الطلاق بها فقط، وبين النيَّة التي هي بعض المجموع منها ومن لفظ خاص مرادًا به الطلاق لا بأحد جزئيه فقط.

ابن بشير: في جري الطلاق به على الخلاف في الطلاق بالنيَّة قولا المتأخرين، الصقلي عن القاضي: قيل لا يكون طلاقًا وإن نوى به الطلاق، ووجهه الاتفاق على أنه لو ضربها أو مسها بيده وقال: أردت به الطلاق أنه لا يكون طلاقًا.

قُلتُ: في هذا الاتفاق نظر ويأتي الخلاف في مجرد بيعه زوجته، والشائع عن أهل العمود في أرضنا أن جل طلاقهم بمجرد فعل الزوج حفر شيء من الأرض ودفن المرأة إياه، وسمع عيسى رواية ابن القاسم من قال لامرأته وهو جاهل: أمرك بيدك يظنه طلاقًا. قال: إن أراد به الطلاق فهو طلاق.

ابن رُشْد: هذا كقولها أن ما ليس من ألفاظ الطلاق لا يلزم به إلا أن ينويه باللفظ بعينه، وقيل: لا يلزمه الطلاق ولو نواه، وهو قول مُطَرِّف وروايته ويقوم من قول ابن الماجِشُون في كتاب الظهار منها، وقال أشهب: لا يلزمه به طلاق إلا أن يريد أنها طالق إذا فرغ من لفظه لا بنفس لفظه ولا وجه له.

قُلتُ: ففي لزوم الطلاق بإرادته من لفظ لا يحتمله، ثالثها: إن قصد تعليقه على النطق به للمشهور ومُطَرِّف مع ابن الماجِشُون وأشهب.

وفيها لمالك: إن قال لها: تقنعي أو استتري يريد به الطلاق فهو طلاق وإلا فلا.

وفيها: كل كلام نوى به الطلاق فهو كما نوى.

قُلتُ: ظاهرها مع سماع عيسى أن نيَّة الطلاق بما ليس من لفظه بحال، إنما يلزم به ما يلزم بلفظ الطلاق لا الثلاث إلا أن ينويها.

وفيها: الذي سمعت واستحسنت أنه لو أراد أن يقول لها أنت طالق البتة فقال: أخزاك الله أو لعنك الله فلا شيء عليه.

ابن محرز: من المذاكرين من أجراه على أحد قولي مالك في الطلاق بالنيَّة وأنه غير لازم، ومنهم من أباه؛ لأن هذا لم يعقد على أن يطلق بنيته؛ بل على أن يطلق بلفظه.

وفيها: لمالك قوله يا أمه أو يا أخته أو يا عمة أو يا خالة لا شيء فيه، وهو من كلام أهل السفه.

قُلتُ: كونه منه دليل حرمته أو كراهته.

قال ابن عبد السلام: روى أبو داود عن أبي تميمة الهجيمي أن رجلًا قال لامرأته: يا أخية، فقال رسول الله ﷺ: «أختك هي؟!!»، فكره ذلك ونهى عنه[1]، ولا يعارض هذا بقول إبراهيم عليه السلام في سارة إنها أختي[2]؛ لأنه قاله لضرورة دعته لذلك وأراد أنها أخته في الدين، وبوب عليه البخاري: إذا قال لامرأته وهو مكره أختي فلا شيء عليه.

قُلتُ: ظاهره أن حديث أبي داود مسند صحيح وليس كذلك؛ بل هو مرسل؛ لأن أبا تميمة ليس صحابيا إنما هو تابعي، وقال عبد الحق: هو منقطع دون تعليل له، وتعقبه ابن القطان فقال: يعني بمنقطع مرسلا وكان له أن يذكره صحيحًا على أحد رأييه؛ لأن أبا داود ذكره بطريق أخرى عن عبد السلام بن حرب عن خالد الحذاء عن أبي تميمة عن رجل من قومه أنه سمع النبي ﷺ سمع رجلاً...[3] الحديث، وعبد السلام حافظ وعدم تسمية الرجل لا يضر على أحد رأييه.

قُلتُ: لفظ حافظ لا يدل على عدالته ولم أجده في كتاب المزي.

وفيها: ما علم من الأخرس بإشارة أو كتاب من طلاق أو خلع أو عتق أو نكاح أو شراء أو قذف لزمه حكم المتكلم به، وروى الباجي إشارة السليم بالطلاق برأسه أو يده كلفظه لقوله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: 41].

قُلتُ: إنما يحسن هذا دليلًا للأخرس، وقياس السليم عليه فيه نظر.

ابن شاس: الإشارة المفهمة للطلاق هي من الأخرس كالصريح ومن القادر كالكناية، وتبعه ابن الحاجب وتعقبه ابن عبد السلام بأن تقرر في أصول الفقه أن الفعل

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2210) و(2211) في الطلاق، باب في الرجل يقول لامرأته: يا أختي.

(2) أخرجه البخاري: 6 / 277 - 280 في الأنبياء، باب قول الله تعالى: ﴿وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا﴾ [النساء: 125]، وفي البيوع، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، وفي الهبة، باب إذا قال: أخدمتك هذه الجارية على ما يتعارف الناس فهو جائز، وفي النكاح، باب إتخاد السراري، وفي الإكراه، باب إذا استكرهت المرأة على الزنا فلا حد عليها، ومسلم: رقم (2371) في الفضائل، باب من فضائل إبراهيم الخليل ﷺ، وأبو داود: رقم (2212) في الطلاق، باب في الرجل يقول لامرأته: يا أختي، والترمذي: رقم (3165) في التفسير، باب ومن سورة الأنبياء.

(3) أخرجه أبو داود: رقم (2210) و(2211) في الطلاق، باب في الرجل يقول لامرأته: يا أختي.

لا دلالة له من ذاته إلا بما ينضم إليه من القرائن، فإن أفادت القطع فهي كالصريح كانت من الأخرس أو القادر، وإلا فهي كالكناية منهما.

قُلتُ: ظاهر نقل الباجي أنها منهما سواء، وما استدل به ابن عبد السلام يرد بأن دلالة القرائن مع الإشارة من الأخرس لا يزاحمها إمكان ما هو أدل منها من غير نوعها بحال فكانت كالصريح، ودلالة القرائن مع الإشارة من القادر يزاحمها إمكان ما هو أدل منها من غير نوعها وهو النطق فلم تكن في حقه كالصريح.

[illegible]

اللخمي: في صفة كتب الغائب به أقوال.

ابن القاسم: يكتب: إذا جاءك كتابي وأنت طاهر فأنت طالق لا يزيد عليه، وإن كانت حاملًا كتب إن كنت حاملًا أو طاهرًا بعد وضعك فأنت طالق، لا يزيد عليه، إن كانت على ما شرط وقع الطلاق فيهما وإلا بقيت زوجة، وأجاز أشهب أن يقول: إن كنت حائضًا فأنت طالق إذا طهرت على أصله في قوله وهي حائض أنت طالق إذا طهرت لا تطلق حتى تطهر، وثالثها: لابن المعذل يكتب بإيقاعه حين كتبه.

وفيها: مع سماع القرينين إن كتب بطلاقها مجمعًا عليه أو أخرج كتبه به غير مجمع مجمعًا أو وصل إليها غير مجمع فيهما لزمه الطلاق وإلا فله رده ولا شيء عليه.

ابن رُشْد: إن كتبه مجمعًا على الطلاق أو لم تكن له نيَّة لزمه الطلاق، فإن كانت حائضًا أجبر على الرجعة، وإن كتبه على أن يرى رأيه في إنفاذ فله ذلك ما لم يخرجه من يده. قال في الواضحة والموازيَّة: ويحلف على نيته فإن أخرجه عازمًا على الطلاق أو لم تكن له نيَّة لزمه الطلاق، وإن لم يصل، فإن كانت حائضًا جبر على الرجعة.

ولو أخرجه على أن يرده إن بدا له ففي صحة رده ولزوم الطلاق بإخراحه قولها وسماع أشهب، وسواء على قول ابن القاسم كتب أنت طالق أو إذا طهرت فأنت طالق، وقال أشهب: إن كتب إذا طهرت فأنت طالق أو إذا حضت فأنت طالق لم يعجل عليه وأخر حتى تطهر أو تحيض، فقوله في إذا حضت له وجه؛ إذ قد لا تحيض فأشبه إذا قدم فلان فأنت طالق، وقوله في إذا طهرت ليس ببين إذ لا بد أن تطهر، وإن تمادى دمها فهي مستحاضة والمستحاضة في حكم الطاهر، والذي نحا إليه أنها قد تموت قبل أن

تطهر فيكون الطهر لم يأت بخلاف الأجل الذي لا بد من إتيانه ولو ماتت.

وإن كتب على مذهب أشهب إذا طهرت فأنت طالق فإن كانت حائضًا لم يقع عليها طلاق حتى تطهر، وإن كانت طاهرا وقع عليها الطلاق، وقيل: لا يقع إلا بالطهر الثاني على الخلاف فيمن قال لأمته إذا حملت فأنت حرة وهي حامل.

قال محمد: وأحب إلي لمن أراد أن يطلق امرأته الغائبة أن يكتب لها: إذا جاءك كتابي هذا فإن كنت حضت بعدي وطهرت فأنت طالق خوف وقوع طلاقه لها حال حيضها، وهذا جيد إلا أنه قد لا يقع عليها طلاق أصلًا إن كانت لم تحض بعده وطهرت؛ لأنه إنما طلقها على هذا الشرط، فإن كتب إن وصلك كتابي هذا فأنت طالق فلا خلاف أنه لا يقع طلاقها إلا بوصول الكتاب إليها إن وصل طلقت مكانها وأجبر على رجعتها إن كانت حائضًا، وإن كتب إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق وأرسل إليها به يخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أن ذلك ككتبه: إن وصلك كتابي هذا.

والثاني: أن الطلاق يقع عليه مكانه على الخلاف فيمن قال لامرأته إذا بلغت معي موضع كذا فأنت طالق حسبما مر في رسم سلف من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق وسماع عبد الملك بن الحسن منه.

قُلتُ: للخمي إن كتبه غير عازم لم يقع طلاق، وإن خرج من يده إذا علم أنه أخرجه لينظر في ذلك، واختلف إن أخرجه من يده ولم يعلم هل كان عازمًا أم لا؟ فقال ابن القاسم فيها: ذلك له وله رده ما لم يبلغها إذا كتب غير عازم، وقال محمد: ذلك له ما لم يخرجه من يده ويحلف، فإن أخرجه عن يده كان كالناطق به والإشهاد.

قال مالك: ولا ينوى إذا خرج من يده وإن لم يصل إليها.

قُلتُ: زاد في النوادر عن الموازيَّة وقاله أشهب وأَصْبَغ.

قُلتُ: هذا عكس ما تقدم لابن رُشْد فتأمله، وظاهر ما لابن رُشْد فيها.

قُلتُ: إن كتبه غير عازم وأخرجه غير عازم.

قال: لا أحفظ عنه فيه شيئًا، وأرى أنها طالق بإخراجه إلا أن يخرجه غير عازم فله رده ما لم يبلغها.

وسمع القرينان من كتبت لأبيها الغائب أن يزورها فأبى، فسألت زوجها أن يكتب إليه: "إني طلقت ابنتك" ليأتيها ففعل، ولم يرد بكتبه طلاقًا؛ إن صح أن كتبه على هذا، فلا شيء عليه فيما بينه وبين الله تعالى، ولو قام عليه أبوها بكتابه فلا شيء عليه إن أقام بينة أنه أشهدهم على هذا، وقال: إنما سألتني أن أكتب بهذا لكذا وكذا وأنا أكتب به لذلك لا أريد به طلاقًا فلا شيء عليه.

قيل: أرأيت إن لم يكن أشهدهم وجاء أبوها بالكتاب فجاءت هي، وهو يقتص هذه القصة أيستحلف.

قال: ما أدري ما الناس كلهم سواء، الرجل المأمون مصدق.

قيل: لو قالت المرأة أردت خديعته بذلك وأردت الطلاق فأنكر ذلك، فقال: إن علم ذلك من شأنها فلا شيء عليه، وإن لم يكن إلا قوله وظهر كتابه بطلاقها طلقت عليه.

قيل: أي الطلاق قال ينوى وتكون واحدة.

ابن رُشْد: في ألفاظها إشكال، وفي ظاهر كلامه اضطراب، وحاصلها إن صح الوجه الذي ذكر في كتابه أنه طلقها؛ يريد ببينة تشهد على ذلك أو جاء الزوج مستفتيا وحده فلا طلاق عليه، وإن جاءوا معًا فذكر الزوجان القصة، وقال الأب: لا أدري صدقهما من كذبهما صدق الزوج مع يمينه إن كان مأمونا، وإن قام الأب بالكتب في غيبة الزوج فلما وقف عليه أقر به وادعى أنه إنما كتبه لذلك لما ذكر لم يصدق إلا أن يكون أشهد بينة على أنه إنما كتب بالطلاق لذلك، فإن لم تقم بينة لزمه الطلاق. قال في الرواية ينوى وتكون واحدة أي يدين فيما ادعى من أنه لم يرد بذلك طلاقا وتكون واحدة. قاله أشهب في نظير هذه المسألة، وهو على أصولهم فيمن ادعى على رجل حقًا فأنكره المدعي عليه وأقام المدعي بينة على بعض ما ادعاه أن المدعي عليه يحلف ما له عنده شيء، ويغرم ما شهدت عليه به البينة، إذ لا خروج له من ذلك كما لا خروج له من الطلقة الواحدة المستيقنة، ولو رجع فقال: أردت به الطلاق واحدة كانت واحدة، ولا يمين عليه على القول بأن من قال طلقت امرأتي ولا نيَّة له أنها واحدة، وأما على القول أنها ثلاث فقيل: لا ينوى لإنكاره أولا أنه أراد الطلاق وتكون ثلاثًا، وقيل: يحلف وتكون واحدة

والخلاف فيه على خلافهم فيمن أنكر وديعة ثم أقر بها وادعى تلفها.

الشيخ عن محمد من كتب لذي دين عليه يمينه بطلاقه ليقضينه حقه وقت كذا، فامتنع الشهود أن يكتبوا فيه لذكر الطلاق فخرقه، وكتب غيره بغير ذكر طلاق لزمه الطلاق إن رضي بالكتاب الأول.

وفيها: من قال لرجل أخبر زوجتي بطلاقها أو أرسل به إليها رسولًا وقع الطلاق حين قوله ذلك بلغها الرسول أو كتمها.

قال ابن عبد السلام: إن تقدم تلفظ الزوج بالطلاق على قوله للرسول فواضح، وإن كان إنما تكلم الآن به فانظر هل هو طلاق بالنيَّة أم لا؟

قُلتُ: كيف ينظر فيه مع أنه تكلم به.

وفيها: من قال لرجل: فلان يقول إنك زان إن أقام بقوله بينة حد الأول وإلا حد الثاني ولا حد بالنية.

وفي لغو بيعه زوجته وكونه طلقة بائنة، ثالثها: البتة لابن رُشْد في سماع يحيى من كتاب العتق عن ابن عبد الحكم مع سماع عبد الملك ابن وَهْب وسماع ابن القاسم في تزويجها ولا فرق، ورواية سَحنون مع سماع عيسى واستبراء الأسدية في سماع عبد الملك وابن نافع.

اللخمي عن مالك: من باع زوجته نكل نكالًا شديدًا وتطلق عليه واحدة، ولا يرتجعها، ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف توبته وصلاحه خوف أن يعود لذلك.

ابن نافع: هي طلقة بائنة.

سَحنون: ولو لم يغب عليها، وقال ابن عبد الحكم وأَصْبَغ حرمت عليه كالموهوبة.

ابن المواز: وهذا أحب إلينا من قول ابن القاسم، وقال ابن القاسم في العتبيَّة بيعه طلاق.

ابن وَهْب: وترجم إن أقرت بوطئها مشتريها طائعة، وإن ادعت الإكراه لم ترجم، وقول مالك أنه ليس بطلاق أحسن إلا أن ينويه؛ لأن البيع إنما يتضمن التمكين منها، ولا خلاف فيه من غير بيع أنه ليس بطلاق، وسمع عيسى ابن القاسم: من باع زوجته

لمسغبة وأقرت له بذلك عذر أو لم تحد وتكون طلقة بائنة، وقاله مالك ويرجع عليه مشتريها بالثمن.

اللخمي: يختلف إذا زوجها على مثل ذلك.

أَصْبَغ: من قال لأم زوجته زوجي ابنتك لا حاجة لي بها، فزوجتها بعد وفاء عدتها من يوم قال بحضرته وعلمه فقد بانت، ولا يقبل قوله لم أرد طلاقًا.

محمد: لا يعجبني قوله إلا أن يعلم الزوج أن ذلك ليس بطلاق وألزمه نفسه، وإن ظن أن ذلك طلاق فتركها حتى اعتدت لم يضره إلا أن يتزوجها غيره أو يقول: أردت به الطلاق فيلزمه إلا أن يتزوج بعلمه وتسليمه فيلزمه الطلاق ويفسخ النكاح الثاني؛ لأنه إذا لم يلزم الطلاق إلا بتزويجها فالعدة من يوم تزوجت.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة منه ولا يخفى إجماله، وحاصله من قال لأم زوجته: زوجي ابنتك لا حاجة لي بها فزوجتها بعد وفاء عدتها من يوم قوله بحضرته وعلمه بانت منه ولا يقبل قوله لم أرد طلاقًا، فإن كان علم أن ذلك ليس بطلاق وأراده منه صح نكاح الثاني وإلا فقولان لأَصْبَغ ومحمد بناء على أن رضاه بتزويجها قرينة بإرادة سابق قوله الطلاق، وقصر ثبوته من حين رضاه بتزويجها، وعليه تحرم عليه للأبد إن بنى.

الشيخ عن أَصْبَغ: من باع زوجته أو زوجها هازلًا فلا شيء عليه، وإن كان جادًا فيهما فهي البتات، وكون طلاق الحر ثلاثًا وذو الرق طلقتين وما فيه من سؤال وجواب تقدم في النكاح.

وفيها من نوى بأنت طالق واحدة الثلاث لزمت وفي كونه بمجرد النيَّة نحو ما مر لمباينة الواحدة الثلاث، وفي لغو الطلاق بمجرد النيَّة الجازمة روايتا الأكثر وأشهب، ابن القصار: الأولى قول جميع الفقهاء.

عبد الحق: احتج للثانية الأبهري بأن حقيقة الكلام في القلب واللسان مخبر وكثبوت الردة بالقلب، وأجاب ابن الكاتب بأن الردة والإيمان من أعمال القلوب؛ والطلاق لفظي لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 227]، والله تعالى أعلم.

وفيها: لو أراد أن يطلق ثلاثًا أو يحلف بها فقال: أنت طالق، ثم سكت عن ذكر الثلاث وتمادى في يمينه، إن كان حالفًا فهي واحدة إلا أن يريد بلفظه بطالق الثلاث فتكون الثلاث.

اللخمي: يريد إن قصد بقوله طالق طلقة وبقوله ثلاثا تمام الثلاث، ولو أراد بقوله طالق الثلاث، وبقوله ثلاثًا بيان مراده لزمه الثلاث.

قُلتُ: الأظهر أنه لم يرد بقوله طالق قيد واحدة ولا عدد؛ بل مطلق الطلاق عازمًا على جعله بقوله ثلاثًا فبدا له عن ذلك الجعل فلزمه مطلقه، ولا يتقرر وجوده بأقل من واحدة فلزمته لذلك، ومفهوما أول كلام اللخمي وآخره في صورة إطلاقه متعارضان، وظاهر المذهب فيه ما قررناه خلاف ما مر لأَصْبَغ في الكنايات الخفية، ولابن رُشْد في مسألة من كتب لأبي امرأته "أني طلقتها ليأتيها"، وذكر ابن حارث مسألة مريد الحلف وقال فيها اتفاقًا، وقال فيها اللخمي هذا إن كان مستفتيا أو فهمت البينة قصده ذلك لمنازعة وقعت وإلا لم يصدق.

ابن حارث: إن قال أنت طالق وفي نيته أن يقول البتة، فقيل له: اتق الله فسكت، ففيها لا تلزمه إلا واحدة، وسمع ابن نافع تلزمه البتة.

وتكرير اللفظ: الدال على الطلاق دون تعليق وعطف يعدده إن لم ينو وحدته، في تخييرها أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق: ثلاث إلا أن ينوي واحدة بنى أو لم يبن، ومثله في الأيمان بالطلاق في أنت طالق طالق طالق، ونقل ابن عبد السلام عن الواضحة لا ينوى لا أعرفه؛ بل نقل ابن حارث ينوى اتفاقًا، وما في الواضحة إنما نقله الشيخ في العطف حسبما يأتي، وكذا وجدته في اختصار الواضحة لفضل، وفي تخييرها اعتدي اعتدي كذلك، ومال اللخمي في تكرير اعتدي لواحدة فقط محتجا بما حاصله: اعتدي ليس من لفظ الطلاق في شيء فيلزمه طلقة لامتناع حمل أول لفظه على مدلوله لعدم تقرره فأعمل في لازمه، ولا امتناع في حمله على مدلوله فيما بعده فوجب، واستظهر بحكايته عن بعض أهل العلم.

قُلتُ: ذكره بعضهم من رواية ابن أبي مريم وهو محمد ابن زرقون.

قُلتُ: ابن أبي مريم لم يدرك مالكًا إنما سمع من سَحنون وابنه وأشد منه قول ابن

شعبان في زاهيه في: قد سرحتك، قد سرحتك، قد سرحتك واحدة إلا أن يريد الثلاث، وفي اختصار مبسوطة ابن إسحاق لابن رُشْد في أنت طالق إن كلمت فلانا يكرره ثلاث مرات أنها واحدة إلا أن ينوي أكثر، وفي كون ذلك قبل البناء كذلك وقصره على واحدة قولها مع غيرها، ونقل اللخمي عن إسماعيل القاضي، وتعقب ابن عبد السلام المشهور بالاتفاق على جواز نكاح المطلق قبل البناء أو بالخلع خامسة أو أخت المطلقة وصحة عقد غيره عليها بنفس طلاقه، وإن تبع فيه من سبقه به يرد بأن قرب اتباعه مظنة لإرادته مع الأول بخلاف صور النقض من جملتها عدم الإرث بالموت عقبه وهو معلق على واحد بالشخص ككونه مطلقًا وعلى غيره ولو أعمه أو أخصه لازم التعدد، الشيخ عن الموازيَّة: من قال إن كلمت إنسانا فأنت طالق، ثم قال إن كلمت فلانا فأنت طالق فكلمه لزمه طلقتان.

قُلتُ: لأن تناول اليمين له وحده ليس كتناولها إياه مع غيره ضرورة أن الشيء في نفسه ليس كهو مع غيره.

وافتراق الزمان في المعلق كاتحاده بخلاف غيره.

الشيخ عن الموازيَّة: من قال أنت طالق إن فعلت كذا، ثم قاله بعد وقت نوى، فإن لم تكن له نيَّة فالبتة، ولا ينوي في الطلقة الأولى يرددها.

قُلتُ: للحاجة لتكرير اليمين خوف أن يطلب بها يوجب حنثه.

ويرد بتكرير المعلق قبل حنثه ولو قبل البناء، وفي غير المعلق بعد البناء، أما قبله فالافتراق يوجب واحدة فقط.

ابن عات: لابن سَحنون: إن قال أنت طالق الطلاق فهي طلقتان إلا أن يريد واحدة.

وتكريره بالفاء يشدده ولا ينوي؛ وقال اللخمي: إن كان مستفتيا رأيت أن ينوى، وثم كذلك.

المتيطي: اتفاقًا، وقول ابن عبد السلام: (وحكى بعضهم أنه ينوى في الفاء وثم) لا أعرفه إلا ما نقله ابن عات، ونصه: وفي الدعوى لو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو طالق وطالق وطالق ولم تكن له نيَّة لزمه الثلاث؛ لأن الواو للفصل وثم

للاستئناف، وسواء دخل بها أو لم يدخل، وفي المدَوَّنة هي ثلاث ولا ينوى، وكذلك قوله أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق هي ثلاث ولا ينوى، ونحوه في الواضحة، وروى عيسى عن ابن القاسم في قوله أنت طالق وطالق وطالق أنها ثلاث ولا ينوى، وهذا أحسن من الذي في كتاب الدعوى، ووجه أخذ الخلاف منه في "ثم" أنه جعل رواية عيسى لا ينوى في الواو خلاف قوله في كتاب الدعوى ولا يتقرر من قوله في الدعوى الخلاف إلا من مفهوم قوله: ولم تكن له نية، وإذا تقرر هذا منه في الواو لزم في ثم لجمعهما معا في قيد قوله: ولم تكن له نية.

وللشيخ عن ابن حبيب: إن قال أنت طالق ثم أنت طالق، أو قال ثم طالق، أو قال وأنت، أو قال وطالق حتى أتم ثلاثا فهي ثلاث لا ينوى بنى أو لم يبن، وخص ابن شاس وابن الحاجب لزوم الثلاث في الفاء وثم بمن بنى بها، وهما فيمن لم يبن بها واحدة فقط، وقول ابن عبد السلام في نقلهما: "لا أتحقق الآن صحته عن المذهب، ولعلي أجد فيه لغيرهما ما يوافقهما، ولعلهما فهماه من كلامه في المدَوَّنة" ميل لقبوله، والصواب رده لما تقدم من قبول الشيخ نقل ابن حبيب في "ثم" قائلا بنى أو لم يبن، ومن قول ابن عات: سواء دخل بها أو لم يدخل.

وفيها: ما نصه قال ربيعة: إن قال لامرأته قبل أن يدخل بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق كلاما نسقًا واحدًا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

قُلتُ: أرأيت إن قال لها أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق.

قال: سألت مالكا عنها فقال: فيها إشكال، وأرى أنها طالق ثلاثًا.

قال: فقلت لمالك: فإن قال لها أنت طالق ثم أنت طالق ثم أنت طالق.

قال: هذه بينة لا ينوى فيها وهي ثلاث، وأنا أرى إذا قال ذلك بالواو أنها ثلاث ولا ينوى.

قُلتُ: فمن أنصف علم أن لفظها في لزوم الثلاث في ثم والواو ظاهر أو نص فيمن بنى أو لم يبن، وهو مقتضى مشهور المذهب فيمن أتبع الخلع طلاقًا، وتوهم التمسك بقول البرادعي إثر قول ابن القاسم وكذلك إن قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق لأجنبية، وقال معه إن تزوجتك، والواحدة تبين غير المدخول بها والثلاث

تحرمها إلا بعد زوج، يرد بأنه في المَدَوَّنة إنما ذكره بعد أن ذكر أقوال الصحابة أن من طلق قبل البناء ثلاثًا لم تحل له إلا بعد زوج، وإن طلقها واحدة حلت له قبله، فهو فيها نص في أنه ليس راجعًا لحكم العطف بحال، ولو كان راجعًا له كان مناقضا لقول ابن القاسم قبله، يليه في لفظ البرادعي؛ لأن قوله فيها لزوم الثلاث قبل البناء، ولو كان العطف بالواو ففي قبول نيته تأكيد الواحدة ولغوها فتلزم الثلاث، ثالثها: الوقف لابن حارث عن إحدى روايتي ابن القاسم مع اللخمي عن ابن شعبان في عطف سرحتك بها، وقول ابن القاسم مع ابن حارث عن المغيرة وإحدى روايتي ابن القاسم وروايتها، وقول البرادعي (قال مالك إلى أخره) في النسق بالواو إشكال.

قال ابن القاسم: ورأيت الأغلب من قوله أنها مثل ثم ولا ينويه وهو رأيي.

قُلتُ: لم يقع في المَدَوَّنة لابن الاسم لفظ قوله ورأيت الأغلب من قوله أنها مثل ثم بحال إنما له فيها: وكأني رأيته يريد بقوله أنه لا ينويه في ذلك وأنها ثلاث وهو رأيي، ثم ذكر قول مالك في ثم أنه لا ينويه فيها حسبما قدمناه، فعبر البرادعي عن ذلك بقوله مثل ثم لأن معنى مثل ثم لا ينويه، وقول ابن الحاجب في مختصره: "الأصلي وقول مالك والأظهر أنها مثل ثم إنما قاله في المدخول بها، يعني تقع الثلاث ولا ينوى في التأكيد لا أنها بمعنى ثم" إن أراد أنه قاله في المَدَوَّنة فليس كذلك، إنما قاله ابن القاسم حسبما مر في لفظ البرادعي، وإن أراد أنه قاله في غير المَدَوَّنة فهو في عهدته ولا أعرفه، وقوله إنما قاله في المدخول بها ليس كذلك حسبما بيناه.

وفيها: من طلق زوجته فقيل له ما صنعت قال هي طالق، وقال إنما أردت إخباره بالتطليقة التي طلقتها؛ قبل قوله.

الصقلي: ويحلف، وحكي عن بعض شيوخنا إنما يحلف إن تقدمت له فيها طلقة.

قُلتُ: وهو قول ابن محرز قال: ليملك رجعتها الآن، وقال عياض: إنما ذلك إذا أراد رجعتها وحيث يجب حلفه.

قال عبد الحق: إن أبى فلا رجعة وعليه نفقتها في عدتها لإقراره إلا أن يقر أنها الثالثة أو يوقعها.

ابن شاس: إن لم تكن له نيَّة ففي لزوم طلقة أو طلقتين قولا المتأخرين.

قُلتُ: الأول هو قول اللخمي لو علم عدم نيته لم يكن عليه غير تطليقة؛ لأن بساط سؤاله يدل على أنه خبر عما فعل، وقال مالك فيمن طلق امرأته فسئل عنها فقال ما بيني وبينها عمل لا شيء عليه ويحلف ما أراد طلاقا.

قُلتُ: في حلفه في هذا بعدٌ.

ابن محرز: لو أجاب بطلقتها لم يحلف.

عياض: ولو لم ينو إعلامه؛ لأنه خبر عما فعل. وروى محمد من أشهد رجلا أن امرأته طالق ثم آخر كذلك ثم آخر كذلك، وقال أردت واحدة دين وحلف.

الصقلي: يمين هذا أبين، عياض: قولهم هذه أبين من الأولى ليس كذلك؛ بل القرينة هنا تكثير الشهود وهو في الثاني أعذر منه في الثالث، وكذا لو أشهد أولا شاهدين فهو سواء خلاف تفريق بعضهم لاستغنائه بشاهدين لا وجه له؛ لأن تكثير الشهود يقصده الناس.

وسمع القرينان من حلف بطلاق لا كلم فلانًا، ثم حلف كذلك بعد أيام ثم حلف كذلك بعد أيام ثم كلمه وقال: إنما أردت واحدة رددها ليعلمها ويهددها حلف ولزمته طلقة واحدة.

ابن بشير: يريد أنه طولب باليمين وهو مقر بها لذا وجب حلفه، ولو أتى مستفتيًا غير مخاصم لم تلزمه يمين وهو معنى ما في المدَوَّنة؛ لأن طلاق الرجل امرأته وحلفه به في مجالس شتى وأيام مفترقة إن أتى فيه مستفتيًا غير مخاصم ولا مطلوب نوي دون يمين، وإن طولب بذلك وخوصم فيه وهو مقر نوي مع يمينه على ما تأولنا قوله في هذا السماع، وإن قامت عليه البينة فأقر ولم ينكر، ففي لغو تنويته لحضوره البينة قولان لسماع عيسى ابن القاسم في الشهادات مع قول ربيعة في الأيمان بالطلاق منها أن الشهادات في الطلاق لا تلفق إن اختلفت المجالس، وإسماعيل القاضي مع الآتي على قولها تلفق الشهادات على الطلاق، ولو اختلفت المجالس ومثله سماع عيسى منه، والخلاف عندي إنما هو في إذا شهدت كل بينة أنه قال أشهدكم أنها طالق، ولو قال أشهدكم أني طلقتها نوي قولا واحدًا يقوم ذلك من قول أَصْبَغ في رسم حمل صبيًا من سماع عيسى من الشهادات، وإن أنكر أنه طلق فلما شهدت عليه البينة قال أردت

واحدة لم ينو ولزمته الثلاث على المشهور، وتتخرج تنويته على ما في رسم الكبش من سماع يحيى من هذا الكتاب وعلى ما في كتاب التخيير في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم، ورسم الطلاق من سماع أشهب ورسم الكبش من سماع يحيى.

قُلتُ: كلام ابن رُشْد نص في تسوية الطلاق غير معلق عليه معلقا في وقوعه في أوقات متعددة خلاف ما تقدم للشيخ عن الموازيَّة، وهو ظاهر أقوالهم في مسألة من طلق فقيل له ما صنعت وما ذكر معها.

ابن شاس: في أنت طالق طلقة مع طلقة أو معها طلقة أو تحت طلقة أو فوق طلقة طلقتان قبل البناء أو بعد، ولو قال لمدخول بها أنت طالق طلقة قبل طلقة أو قبلها طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة لزمته طلقتان، وقبله القرافي، ومفهومه أنه قبل البناء ليس كذلك والأظهر أنه كذلك.

الشيخ عن ابن سَحنون عنه: في أنت طالق واحدةً في واحدةٍ؛ واحدةٌ، وفي اثنتين في اثنتين أربعة تبين منها بثلاث وكذا بقية هذا المعنى.

قُلتُ: هذا إن كان عالما بالحساب أو قصده وهو لم يعلمه وإلا فهو ما نوى إن كان مستفتيا أو علم من قرائن الأحوال عدم قصده معنى الضرب كقول من علم جهله من البادية أنت طالق طلقتين في طلقتين وقال أردت طلقتين فقط.

وفي الذخيرة: حكى صاحب كتاب مجالس العلماء أن الرشيد كتب إلى قاضيه أبي يوسف هذه الأبيات:

[illegible] فالخرق أشأم

[illegible] أعق وأظلم

[illegible] الثلاث مقدم

وقال له: إن نصبت ثلاثًا كم يلزمه، وإن رفعته كم يلزمه فأشكل عليه فحملها للكسائي فقال له يلزمه في الرفع واحدة وفي النصب ثلاثة، يعني أن الرفع يقتضي أنه خبر عن المبتدأ الذي هو الطلاق الثاني ويكون منقطعًا عن الأول فلم يبق إلا قوله أنت

طالق فيلزمه واحدة، وبالنصب يكون تمييزًا لقوله:(فأنت طلاق) فيلزمه الثلاث، زاد في القواعد: إن قلت إن نصب أمكن كونه تمييزًا عن الأول كما قلت، وأمكن كونه منصوبا على الحال من الثاني أي الطلاق معزوم عليه في حال كونه ثلاثا أو تمييزًا له فلم خصصته بالأول؟

قُلتُ: الطلاق الأول منكر يحتمل بحسب تنكيره جميع مراتب الجنس وأعداده وأنواعه دون تنصيص على شيء من ذلك، فاحتاج للتمييز ليحصل المراد من المنكر المجهول، وأما الثاني فمعرفة استغنى بتعريفه واستغراقه الناشئ عن لام التعريف عن البيان. قال: ويحكى أن الرشيد أثابه على جوابه بجائزة حفيلة، فبعث أبو يوسف بجميعها للكسائي.

وفيها لابن القاسم: من طلق بعض طلقة لزمته طلقة.

ابن شهاب: ويوجع ضربا، وفي آخر التخيير منها عنه من قال أنت سائبة أو مني عتيقة أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام وأراد به الطلاق كان ما أراد من الطلاق ويحلف على ذلك، وينكل من قال مثل هذا عقوبة موجعة؛ لأنه لبس على نفسه وعلى حكام المسلمين.

قال ابن عبد السلام: اختلف العلماء في ذلك منهم من كمل عليه التجزئة إما احتياطا؛ وإما لأنه رآه هازلا، ومنهم من لم يلزمه ذلك وهذا القول خارج المذهب وكأنه أجرى على مهيع الدليل لعدم استلزام الجزء الكل.

قُلتُ: قوله: (منهم من لم يلزمه ذلك) يقتضي عدم شذوذ قائله، وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن من طلق زوجته نصف تطليقة أو سدس تطليقة أنها تطليقة واحدة، وقال ابن القصار في عيون الأدلة: حكي عن داود أن من قال لزوجته أنت طالق نصف تطليقة لا يقع عليه شيء والفقهاء على خلافه.

قُلتُ: وتقرر في أصول الفقه أن ندور المخالف مع كثرة المجمعين لا يقدح في كون إجماعهم حجة، ومثل هذا لا ينبغي أن ينقل بتلك العبارة واستدلاله على ترجيحه بعدم استلزام الجزء الكل، يرد بأنه ليس منه؛ بل من باب إبطال الكل بإبطال جزئه، وهذا؛ لأن الطلقة إنما هي عبارة عن بطلان جزء حكمي من العصمة المجزأة ثلاثة

أجزاء للحر وجزأين للعبد عندنا، فمن طلق بعض طلقة أبطل بعض ذلك الجزء وبطلان الجزء يبطل الكل ضرورة.

ابن شاس: في أنت طالق نصفي طلقة أو نصف طلقتين طلقةٌ واحدة، وفي ثلث وربع وسدس طلقةٍ طلقةٌ واحدة، وفي ثلث طلقة وربع طلقة وسدس طلقة ثلاثٌ، وقول ابن الحاجب: قالوا في نصف وربع طلقةٍ طلقةٌ واحدة، وفي نصف طلقة وربع طلقة طلقتان استشكال منه، والأظهر عوده للأولى لجريان الثانية على أصل تكميل الطلقة، وتقرير إشكال الأولى أن تقرير لفظها أنت طالق نصف وربع طلقة، فنصف مضاف قطعا في النيَّة والمنوي مع اللفظ كالملفوظ به فساوت الأولى الثانية، فافتراقهما في الحكم مشكل، وجوابه على أصلين في الفقه والعربية واضح، أما الفقهي فهو لو قال لها أنت طالق نصف طلقة وربعها لم يلزمه إلا طلقة واحدة لإضافته الجزأين لطلقة واحدة لا يزيد مجموعهما عليها كما مر في نصفي طلقة، وأما أصل العربية فهو قول جمهور النحويين: أن المضاف إليه إذا حذف فلا بد من تنوين المضاف إلا أن يكون المضاف بعد الحذف على هيئته قبل الحذف، كقولهم قطع الله يد ورجل من قاله.

قالوا التقدير قطع الله يد من قاله ورجله فحذف الضمير وأقحم المضاف بين المضاف والمضاف إليه، وحذف التنوين من يد لإضافته إلى من، وحذف من رجل؛ لأنه مضاف إلى من في المعنى وبمنزلة المضاف إليه في اللفظ، وهذا الأصل يوجب تقدير تركيب لفظ المسألة أنت طالق نصف طلقة وربعها، وقد قررنا أن اللازم في هذا اللفظ طلقة واحدة فقط، وقوله قالوا يقتضي عزوه لغير واحد، ولا أعرفه نصًا لواحد لكن أصول المذهب بما قررناه تقتضيه، وقول ابن عبد السلام في أنت طالق طلقة وربع الطلقة طلقة واحدة حسن جار على ما قررناه.

وفي كون تعدد الطلاق بنصف طلقة وربع طلقة كتعدده بتكرير لفظه اعتبارا بلازم اللفظ فيلحقه حكم دعوى نيَّة التأكيد وامتناعه اعتبارا باختلاف اللفظ نظر، ويتخرج ذلك على قولي ابن القاسم وأشهب في عتقها فيمن حلف بحرية أمة لتفعلن كذا فأبت فتلوم لها الحاكم أجلًا لفعلها فات فيه قبل فعلها ولم تفعل في عتقها عليه قولاهما بناء على لغو لازم لفظه واعتباره والعكس.

الشيخ: عن ابن سَحنون عنه: في أنت طالق الطلاق كله إلا نصفه طلقتان، وكذا ثلاثا إلا نصفها، وفي أنت طالق الطلاق كله إلا نصف الطلاق يلزمه الثلاث؛ لأن الطلاق المبهم واحدة فاستثناؤه نصفه لا ينفعه.

قُلتُ: إن قيل إن نوى بأل الجنس أو مطلق الحقيقة فواضح، وإلا فالأولى كونها للعهد في اللفظ فيصير كقوله إلا نصفه.

قُلتُ: إنما أولوية ذلك لو كان الأول نكرة، أما المعرفة فإرادة معنى العهد فيها لفظة الضمير لا أل.

الشيخ عن سَحنون عنه لو قال لأربع نسوة بينكن طلقة أو قال طلقتان أو قال ثلاث أو قال أربع لزمت لكل واحدة طلقة.

وفيها لابن القاسم: وإن قال خمسة إلى ثمان طلقن اثنين اثنين، وإن قال تسع إلى ما فوق ذلك طلقن ثلاثا ثلاثا.

ابن سَحنون عنه: لو قال شركت بينكن في ثلاث لزم كل واحدة ثلاث وفي طلقتين طلقتان، وقول ابن عبد السلام أشار بعض المؤلفين أن في مسألة التشريك قولا مثل قول مسألة بينكن، فإن كان القول نصًا فلا كلام، وإن أراد أنه يتخرج من الأولى في الثانية فقد نص سَحنون على التفرقة بينهما، والفرق أنه في الأولى إنما ألزم نفسه ما توجبه القسمة ولم يلزم نفسه قبل القسمة شيئًا، وفي الثانية ألزم نفسه ما نطق به من الشركة، وذلك يوجب لكل واحدة منهن جزءًا من كل طلقة لا أعرفه، ونص المجتهد على حكمين مختلفين في صورتين متحدتي العلة فيهما لا يمنع تخريج قول إحداهما في الأخرى، وقد تقدم مثله في غير موضع، وقاله ابن رُشْد غير مرة.

فإن قلت: لا فرق بين مسمى شرك وبين مسمى بين لتلازمهما صدقا وكذبا لو كان لزيد عبد ولعمرو عبد كذب قولهما بينهما وشركة بينهما، ولو ورثاهما من عمهما مثلا وأحدهما أخو أحدهما لأمه والآخر أخو الآخر لأبيه صدق كونهما بينهما وشركة بينهما.

قُلتُ: إنما تلازما فيما يملكه من أضيف إليه بين كما في المثالين، وأما فيما ليس كذلك من المؤلم وما نزل منزلته فلا، كقول السيد لعبديه بينكما سوطان أو قطعان هذا يصدق فيه بين دون الشركة وللطلاق حكم المؤلم ولذا شطر كالحد، فإذا نض معه على

الشركة جاز كقوله بينكما طلقة، ولعل ما ذكره إنما هو على العكس وهو وجود قول في بينكن مثل القول في شركت بينكن.

نقله ابن رُشْد في الثانية من نوازل أَصْبَغ وعلله بقوله؛ لأن كل واحدة منهن حصل لها جزء من كل طلقة. قال: وهذا الاختلاف على اختلافهم فيمن صرف دنانير بدراهم فوجد في الدراهم زائفا هل ينتقض صرف الدنانير كلها أو صرف دينار فقط، ولم يذكر في مسألة لفظ التشريك خلافًا، وفي نوازل أَصْبَغ: من قال لإحدى نسائه الثلاث أنت طالق ثلاثا البتة ثم للأخرى أنت شريكتها ثم للثالثة أنت شريكتهما هن طوالق البتة، لا ينفعه قوله: ثلاثا؛ لأنها لغو مع البتة قدمت أو أخرت والبتة لا تتبعض، ولو قال ثلاثا فقط وقع على الأولى الثلاث، وعلى الثانية طلقتان، وعلى الثالثة ثلاث من شركة الأولى طلقتان ومن الثانية طلقة، وقول أَصْبَغ نص في عدم تبعيض البتة وأنها مرادفة أنت طالق بآخرة الثلاث، وفي تبعيضها نقل البيان عن أشهب مع سَحنون، وقولها: تضم الشهادة بت للشهادة بواحدة وأَصْبَغ مع ابن حبيب عن ابن القاسم ورواية المبسوطة ومثله في الموازيَّة وفي اختصار المبسوطة اختلف فيه قول ابن القاسم وقول سَحنون، وطلاق جزء المرأة ككلها، ابن حارث: يدها ورجلها ككلها اتفاقًا، وفي كلامك أو شعرك طالق قولا أَصْبَغ وسَحنون، وتقدم الخلاف في تحريمها.

ابن عبد السلام: قال بعضهم اختلف عندنا إن طلق بعض ما ينفصل كالشعر والكلام والسعال والبزاق.

قال ابن عبد السلام: ولم أقف في السعال للمتقدمين إلا على عدم اللزوم.

قُلتُ: ظاهر ما تقدم من استدلال محمد وابن عبد الحَكم على لغو تحريم الشعر والكلام بلغو تحريم السعال والبزاق الاتفاق على لغوهما، ولابن القصار ما نصه لا أعرف في الدمع والدم والريق نصا.

قال: ورأيت بعض أصحابنا قد ركبه وخالف إذا قال حملك طالق؛ لأنه في وعاء ليس متصلًا اتصال الخلقة.

[باب شرط الاستثناء في الطلاق]

الاستثناء: شرطه الاتصال كما مر في الأيمان وعدم استغراقه[1] في الموازيَّة في طالق ثلاثا إلا ثلاثا ثلاث، وفي المحصول وغيره الإجماع على فساده.

القرافي: لابن طلحة في أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا قولان أحدهما ينفعه استثناؤه.

ترجمة ابن طلحة: قلت: قال الشيخ الحافظ أبو العباس العشاب: ابن طلحة هو محمد بن طلحة بن محمد بن عبد الملك الأموي يكنى أبا بكر كان نحويًا جامعًا لعلوم، أخذ النحو عن ابن ملكون، والحديث عن أبي بكر ابن الحد أبي القاسم السهيلي، له شرح جمل الزجاجي، وكان عارفًا بالقراءات دينا فاضلا، ولد بيابرت في الخامس عشر من ذي الحجة سنة خمس وأربعين وخمسمائة، وتوفي بإشبيلية سنة ثماني عشرة وستمائة.

اللخمي: شرطه نيته قبل تمام اليمين فإن كان مستفتيًا صح في المستغرق فلا يلزمه في أنت طالق واحدة إلا واحدة شيء إن قال نويته في محل لو سكت لم يلزمه شيء؛ لأنه طلاق بلفظ دون نية، فإن كانت عليه بينة تخرج على أنت طالق إن شاء هذا الحجر، وفي جواز استثناء الأكثر معروف المذهب مع القاضي عن الجمهور، ونقل اللخمي في طالق ثلاثًا إلا اثنتين تلزمه الثلاث، ونقل القاضي منعه، ونقل غير واحد عن عبد الملك في الإقرار، وفي جواز المساوي كطلاق اثنتين إلا واحدة معروف المذهب وقول اللخمي يختلف فيه، وغالب قوله يختلف فيما خالفه مخرج، ولم يعين ما منه التخريج، ونحوه قول ابن شاس وابن الحاجب لا يشترط الأقل على المنصوص.

الشيخ عن ابن عبدوس وابن سَحنون عنه في أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة إلا واحدة إن نوى بالتكرير التأكيد لزمته واحدة، كقوله واحدة إلا واحدة، وإن

---

(1) قال الرَّصاع: قال (شرطه الاتصال وعدم استغراقه) زاد اللخمي وشرط نيته قبل تمام اليمين قوله: (الاتصال) قد تقدم ذلك في اليمين بالله ولذا قال كما مر في الأيمان قوله: (وعدم استغراقه) قال في المحصول الإجماع على فساده انظر ما نقل هنا عن القرافي من الخلاف عن ابن طلحة وعرف الشيخ هنا به ونسب الشيخ إلى الوهم في اعتقاده أن ابن طلحة المنقول عنه هو المعرف به بل هو غيره والله سبحانه أعلم.

لم يرده هي ثلاث استثنى منها واحدة، ولو قال أنت طالق ثم أنت طالق ثم أنت طالق إلا واحدة أو بالواو بدل ثم، فقال مرة هو كاستثناء واحدة من ثلاث، وقال هي ثلاث ولا استثناء له وثم أبين من نسقه بالواو.

قُلتُ: هما بناء على اعتبار مدلول المعطوف وما عطف عليه من حيث مجموعهما كمدلول عليه بلفظ واحد أو من حيث انفراد كل منهما واختصاصه بلفظه، وظاهره لا اعتبار بنية رده للجميع أو لبعضه، فقول ابن الحاجب بعد ذكره عدم استغراقه وعدم شرط الأقل، ولذلك لو قال أنت طالق واحدة واثنتين إلا اثنتين، فإن كان من الجميع فطلقة وإلا فثلاث، يرد بأنه وإن كان من الجميع فلا يلزم لغو ما زاد على الواحدة لجواز اعتبارها بالحيثية الثانية، وفي ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة.

قال ابن شاس ثنتان وابن الحاجب الأولى واحدة.

قُلتُ: وهو الحق بناء على اعتبار الاستثناء الأول بعد الاستثناء منه كالقول باعتبار اللفظ بتمام حكمه وتقرره لا بتمام نطقه حسبما ذكره ابن رُشْد في بيانه، وتعليل ابن شاس بقوله؛ لأنه أخرجه عن الاستغراق بقوله إلا واحدة ينتج له العكس،؛ لأن مخرجه عن الاستغراق إخراج واحدة منه فيصير كونه ثلاثا إلا اثنتين، ولو قال لوجوب رد الثاني لتعلق الأول لبطلان تعلقه لاستغراقه أمكن اعتباره.

وصور المازري المسألة في الإقرار بقوله ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنتين، وقال: إنما يلزمه طلقة، وعلله أولا بقوله الأصل مضادة الاستثناء لمقابله، فقوله إلا ثلاثا نفي للثلاث، وقوله إلا اثنتين نفي من الثلاث التي قبلها.

قُلتُ: وهذا إنما ينتج لزوم اثنتين؛ لأن قوله إلا اثنتين نفي من الثلاث التي قبلها، والثلاث التي قبلها مقتضاها النفي؛ لأن الأولى مثبتة، وقد قال: الاستثناء مضاد لما قبله ومضاد الإثبات النفي، فإذا ثبت أن مقتضى ثلاث الثانية النفي كان مقتضى قوله إلا اثنتين إثباتا فتلزم اثنتان لا واحدة، وعلله ثانيا بقوله الاستثناء الأول ساقط، والساقط كأنه لم ينطق به فكأنه قال ثلاثا إلا اثنتين، وقال بعضهم تلزمه الثلاث؛ لأن قوله إلا ثلاثا ساقط لاستغراقه، وقوله إلا اثنتين كذلك لتعلقه به والمتعلق بالساقط ساقط. وقال بعضهم: تلزمه طلقتان؛ لأن إلا ثلاثا إنما يسقط إذا اقتصر عليه، وهنا لم يقتصر

عليه؛ لأن قوله إلا اثنتين يرفع استغراقه؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات.

قُلتُ: هذا هو تعليل ابن شاس في المسألة الأولى فلعله وهم في فرضها بقوله إلا واحدة، وقول ابن عبد السلام بعد اختياره في المسألة الأولى لزوم الثلاث، وبعد أن كتبت هذا وجدت للمازري في كتاب الإقرار نقل عن العلماء في هذه المسألة ثلاثة مسالك، مسلكان مثل ما ذكر المؤلف وثالث مثل ما اخترناه وهم؛ لأن المسألة التي ذكر المازري إنما هي طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنتين.

ابن شاس: وفي طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة طلقتان.

قُلتُ: في النوادر رأيت للقاسم بن سلام مسألة على أصولنا فذكرها، وسمع عبد الملك أشهب في أنت طالق البتة إلا واحدة هي اثنتان.

ابن رُشْد: هذا على أنها تتبعض وتقدم ما فيه، ولو استثنى من أكثر من ثلاث ففي إجرائه على ظاهره ما لم يعارضه عرف فيجب، وقصره على ثلاث للغو الزائد عليها شرعا وكذا في المستثنى، ثالث الطرق لغوه في المستثنى منه ما لم يكن المستثنى أقل من ثلاث، لابن رُشْد وسَحنون والمازري في نازلة لسَحنون في أنت طالق أربعا إلا ثلاثا ثلاث كأنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا؛ لأنه يعد نادما، وكذا طالق مائة إلا تسعة وتسعين هي البتة؛ لأن الثلاث دخلت في العدة التي استثنى.

ابن رُشْد: طالق أربعا إلا ثلاثا استثناء لأكثر الجملة.

قيل: بمنعه والصحيح جوازه، وعليه في قوله أربعا إلا ثلاثا تلزم واحدة، ويحتمل أن يلزم عليه ثلاث؛ لأن استثناء الأكثر وإن جاز لغة فليس بمستعمل عرفا، وإذا لم يستعمل عرفا حمل قائله على عدم إرادته؛ بل على الندم وعلى منع استثناء الأكثر تلزمه الثلاث، هذا إجراء المسألة على الأصول ولم يقله سَحنون ونحا لجعل الزائد على الثلاث كالعدم للغوه شرعا وهو بين من قوله: لأن الثلاث دخلت في العدة التي استثنى، فعلى قوله لو قال طالق مائة إلا طلقة كانت اثنتين؛ لأن الطلقة المستثناة على مذهبه إنما تقع مستثناة من الثلاث، إذ قوله مائة عنده كقوله ثلاث، والأظهر على مذهب ابن القاسم وغيره أن تكون ثلاثا، ويجعل الطلقة التي استثنى مستثناة من المائة التي سمى فتبقى تسعة وتسعون يلزمه منها ثلاث.

المازري: من قال أنت طالق أربعة إلا ثلاثا لزمه ثلاث؛ لأن الرابعة كالعدم للغوها شرعا فصار كالقائل ثلاثا إلا ثلاثا، ولو قال مائة إلا طلقتين لزمه ثلاث، وقد تتصور على ما قلناه أنه لا يلزمه إلا طلقة كالقائل ثلاثا إلا اثنتين، لكن هذا لما أبقى بعد استثنائه ثلاثا أخذ بها، ولو قال ستا إلا ثلاثا لزمه ثلاث على الطريقين معًا إن اعتبر ما أبقى فقد أبقى ثلاثا، وإن روعي كون الست كالثلاث صار كقوله ثلاثًا إلا ثلاثًا.

[باب في الطلاق المعلق على ماض المختلف في حنثه]

وإن ذكره معلقًا أقسام: لو حلف به على فعل مرتب على فرض ماض لم يقع[1] ففي

(1) قال الرَّصاع: قوله: (المعلق) احترز به من غير المعلق، قوله: (على فعل مرتب) أخرج ما ليس بمرتب على فرض قوله: (ماض) أخرج به المستقبل قوله: (لم يقع) أخرج به ما وقع فإذا توفرت هذه الشروط من الحالف فاختلف فيه هل يحكم بحنثه أم لا وصورته لو جئتني بالأمس لقضيتك حقك وحلف بالطلاق على ذلك وكذلك لو كنت حاضر الشرك مع أخي لفقأت عينك ويتحصل في ذلك ثلاثة أقوال الحنث مطلقًا وعدمه والتفصيل إن كان الفعل ممنوعا حنث وإلا فلا وهذا هو قول ابن القاسم وظاهر المدَوَّنة وإنما كان حانثا في الممنوع؛ لأنه حلف على ما لا يبر فيه ولأني مثله كذا قيل وبعد ذكر هذه المسألة نشير إلى ما عادة الطلبة يمرون على أشكاله لتتم الفائدة به، وذلك أن الشيخ لما تكلم في مختصره الكلامي على التوبة وعرفها فقال هي الندم على المعصية لأجل ما يجب الندم له قال زاد الآمدي مع العزم على أن لا يعود لمثله إن أمكنه كتوبة الزاني السليم لا المجبوب، فإنه لا يشترط في توبته هذا العزم، ثم نقل عن أبي هاشم أنه لا تتصور توبته، ثم قال: وقول أبي هاشم هو الجاري على المشهور في الخلاف بالطلاق لو كنت حاضر الشرك مع أخي لفقأت عينك إن اعتبرنا العزم لذاته، وإن اعتبر لترك المعزوم عليه فحصوله في المجبوب تم فما ذكره الشيخ من الإجراء على المشهور لم يظهر لكثير من أصحابنا، وكنت أقرره والله أعلم بقصده، فإن الشيخ: لما ذكر في الزاني إذا جب هل تقبل توبته وتصح أم لا توبة له، ونقل عن الجمهور أنه تصح توبته، ولا يشترط فيه العزم المشترط في التوبة، ونقل عن أبي هاشم أنه لا توبة له ضرورة أن العزم المذكور شرط في التوبة، وإذا تعذر الشرط تعذر المشروط والشرط هنا متعذر لاستحالة الزنا عادة من المجبوب، وذلك المتعذر هو الذي يعزم أنه لا يفعله على تقدير وجوده فلما حقق ذلك كأنه فصل، وقال: لا يخلو أن نقول بأن العزم إنما هو مشروط قصدا أو إنه مشروط وسيلة لترك المعزوم عليه.

(فإن قلنا): بأنه وسيلة لترك المعزوم عليه فلا شك أن حصول ترك المعزوم عليه في المجبوب أشد من تركه في غير المجبوب فلا يشترط في المجبوب ذلك، وتصح منه التوبة كما ذكرته الجماعة لأجل ما قررناه من كون العزم إنما هو وسيلة لما ذكرنا.

حنثه، ثالثها: إن كان فعله ممنوعا لابن رُشْد عن أَصْبَغ مع نقله عن أشهب في اختصار المبسوطة وسماع ابن القاسم ورواية ابن الماجِشُون مع دليل قولها لو كنت حاضرًا لشرك مع أخي لفقأت عينك حنث؛ لأنه حلف على ما لا يبر فيه ولا في مثله، فسماع ابن القاسم من قال لمن نازعه وجبذ ثوبه لا تشقه امرأته طالق البتة إن لم يكن لو إنك شققته لشققت جوفك ثم كرره بقوله لشققت كبدك إلا أن لا أقدر عليك لا شيء عليه إلا أن يشق الثوب.

سَحنون: هذه جيدة رد إليها ما يشبهها، واختلف في مثل هذا قوله خلاف قوله في المدَوَّنة إذ لا فرق بين المسألتين، وإليه نحا قول سَحنون ودل عليه أيضًا قول ابن القاسم في التفسير الثالث: أنه حانث في المسألتين معًا، وقول ابن لبابة المسألتان مفترقتان ليس بصحيح إذ لا فرق بين حلفه على فقء عينه أو شق كبده أو شق ثوبه، وذكر القرافي عن الصقلي قول أَصْبَغ وقول مالك وابن القاسم إن أمكن الفعل شرعا لم يحنث وإلا حنث، وفي الجواهر: أن شرطه بممكن عادة أو شرعا حنث عند ابن القاسم ومالك لا عند عبد الملك، وبممتنع عادة وشرعا وأراد حقيقة الفعل حنث، وإن أراد المبالغة لم يحنث، فنقل عن ابن القاسم خلاف نقل الصقلي وخلاف ظاهر الكتاب، فيحتمل أن يكون سهوًا أو ظفر بنقل غريب وترك الجادة، وعلى التقدير فهو رديء،

= وإن قلنا: بأن العزم إنما طلب في التوبة لذاته وعليه مضى أبو هاشم في المجبوب فهذا يشهد له ما وقع للمشهور في الصورة المذكورة؛ لأن المشهور قال بالحنث فيها مع كونه قد علق الطلاق على فعل معلق على أمر قد عزم على فعله على تقديره فيما مضى مع استحالة وجود ذلك الفعل حال العزم ممكنا فكما لا تصح التوبة من المجبوب لاستحالة تقدير العزم فيه على ترك المعدوم عليه، فكذلك لا يصح وجود البر من الحالف المذكور لاستحالة وجود العزم فيه المطلوب لذاته ولذا حنث على المشهور وحاصله أن الشيخ: أراد التقسيم أن العزم إن طلب لذاته في التوبة صح قول أبي هاشم في عدم صحة توبة المجبوب وجرى ذلك على المشهور فيما ذكر وكان دليلا له، وإن كان وسيلة لترك المعزوم عليه صح قول الجمهور إن توبة المجبوب صحيحة بما ذكر وكان يمر لنا أن القائل بالحنث في مسألة الطلاق إنما عللها أهل المذهب بما ذكرناه؛ لأنه حلف على ما لا يبر فيه ولا في مثله وهذه العلة مغايرة لما أشار إليه الشيخ إذا تأملتها وفي ذلك بحث لا يخفى؛ لأن علة الشيخ توجب الحنث مطلقًا فتأمل ذلك والله سبحانه أعلم، وذكر الشيخ: من المختلف في تنجيزه الطلاق المعلق على المحال.

وما قاله من إلزام الحنث مع الإمكان، المناسب عكسه.

قُلتُ: وقول أَصْبَغ: "لو حلف لغريمه: لو جئتني أمس لقضيتك حقك فهو حانث؛ لأنه غيب لا يدري أكان فاعلا أم لا"، نص في خلاف نقل ابن عبد السلام عن بعض المتأخرين أنه لو حلف على واجب عليه لم يحنث اتفاقًا ولا أعرفه إلا من نقله، وقول ابن الحاجب فيما يأتي في إن صليت، ورده بأن مقتضى حنثه عند ابن القاسم إنما هو حصول الشك في العصمة قبول منه لنقل ابن الحاجب عن ابن القاسم التحنيث في الممكن خلاف تعقب القرافي إياه، هذا إن أراد بأقل الاتفاق الوجوب الشرعي، ولو أراد العادي لصح الاتفاق فيما أظن كقوله امرأته طالق لو لقيني أمس أسد دون سلاح لي لفررت منه.

وهو مقتضى نص ابن بشير قال: في لو كنت حاضرا لفقأت عينك، الرواية حنثه؛ لأنه حلف على ما لم يبر فيه، ولو كان يعلم أنه يقدر على ذلك فينبغي أن لا حنث عليه، وكذا إن قصد المبالغة لا فقئ العين.

قُلتُ: في اقتصاره على أنه يعلم قدرته عليه نظر إذ ليس كل مقدور عليه فيما مضى يعلم بإرادة فاعله بالفرض فعله؛ بل الشك فيه قائم لجواز مانع أو تبدل إرادته حينئذ، وكذا إن قصد المبالغة فالاحتمال قائم؛ لأن ما به المبالغة وإن كان مقدورا عادة فوقوعه منه في الماضي مشكوك فيه؛ بل الحق في صورة الاتفاق ما فرضناه.

ولو علقه على محال كإن شاء هذا الحجر ففي لزومه طلاقها نقل اللخمي عن سَحنون وابن القاسم، ونقلهما الصقلي عن القاضي روايتين، وللشيخ عن ابن القاسم مرة كسَحنون.

اللخمي: وعليهما قوله إن هذا لحجر، ولمحمد عن أَصْبَغ من قال في منازعة امرأته أنت طالق أن هذا لعمود، هي طالق إن لم تكن منازعتهما في العمود.

اللخمي: أرى أن يحلف في جميع ذلك ويبرأ إن قامت عليه بينة، وإن جاء مستفتيًا فلا يمين عليه إلا أن تدعي الزوجة ندمه فيحلف، وجعل ابن الحاجب: أنت طالق إن شاء زيد فمات كإن شاء هذا الحجر لا أعرفه؛ بل قول اللخمي: إن مات قبل أن يعلم أو بعد أن علم، وقبل أن يقضي أو يعلم هل قضي بشيء أم لا بقيت زوجة.

قُلتُ: هو ظاهر عتقها الأول من قال أنت طالق إن شئت أو شاء فلان لم تطلق حتى ينظر إلى ما تشاء أو ما يشاء فلان.

[باب فيما ينجز فيه الطلاق المعلق]

ونصها في الأيمان بالطلاق والمذهب تعليقه بأجل يبلغانه عادة[1] ينجزه وإلا فلا.

سمع عيسى ابن القاسم من طلق إلى أجل يعلم أنه لا يبلغه عمر أحدٍ كقوله مائة سنة لا شيء عليه.

ابن رُشْد: اتفاقًا والحد فيه بلوغ أجل التعمير على اختلاف فيه من السبعين إلى مائة وعشرين.

وفيها: إن أتى أجل طلاقها بعد أن طلقها لم تطلق عليه؛ لأنه عجل.

وفيها: من قال إذا مات فلان فأنت طالق لزمه الطلاق مكانه.

وفي الواضحة عن مُطَرِّف وأَصْبَغ في أنت طالق إذا خسفت الشمس أو أمطرت السماء لزمه الطلاق بكلامه؛ لأنه أجل آت.

ابن حارث: إن قال أنت طالق إلى مستهل الهلال أو إلى وقت يأتي على كل حال فهي طالق وقت قوله اتفاقًا.

وسمع ابن القاسم في العدة: أن ناسًا اختلفوا فيمن طلق إلى أجل سماه وأن عطاء كان يقول ذلك، فقال: مالك لا قول له ولا لغيره هذه المدينة دار النبي ﷺ، ودار الهجرة فما ذكروا أن المطلق إلى أجل متمتع بامرأته إلى ذلك الأجل فإنا لم ندرك أحدًا من علماء الناس قاله، وهذا شبه المتعة.

ابن رُشْد: قياسه ذلك على المتعة صحيح، واستدلاله بأنه الذي عليه أهل المدينة دليل على أن إجماعهم عنده حجة فيما طريقه الاجتهاد، والذي عليه أهل التحقيق أن إجماعهم إنما هو حجة فيما طريقه التوقيف، وأن الغالب منه أنه عن توقيف كنفي زكاة

---

(1) قال الرَّصاع: هذا ظاهر كمن كان عمره ثلاثين سنة، ثم علق الطلاق إلى الثلاثين، فإنه ينجز عليه وإن علقه على خلاف العادة كما إذا قال: مائة سنة فلا.

قال ابن رُشْد: باتفاق انظره.

الخضروات، والأذان، وذكر ابن رُشْد الاتفاق على أن لا شيء عليه في أجل لا يبلغانه خلاف نقل ابن فتحون والمتيطي في ذلك روايتين إحداهما لزوم الطلاق في الحال.

وفي وقوع الطلاق بقوله: أنت طالق قبل موتي أو موتك بشهر، المشهور وقول أشهب، ابن رُشْد والشيخ هو على أصله في العتق إلى مثل هذا أنه من الثلث إذ لا يكشفه إلا موته.

ولو علقه بما لا صبر عنه من أكل أو شرب أو قيام أو قعود أو لباس، ففي وقوعه كمحقق وتأخيره لوقوعه قولا اللخمي مع الصقلي وعياض عن الأكثر وابن محرز قائلا: الأول طريقة سَحنون لقوله في أنت طالق إذا صليت أو متى صليت هو طلاق إلى أجل؛ لأن الصلاة لا بد منها.

قال: وظاهرها ما قلته؛ لأنها أفعال معلقة بمشيئة آدمي يوجب قصر الحنث على فعلها بخلاف الحيض، وثالث قول ابن الحاجب ثالثها: إن أسندها إلى غيره، وقبوله ابن عبد السلام لا أعرفه.

وسمع عيسى ابن القاسم قول أنت طالق بعد موتي أو موتك لا شيء فيه، ولو قال يوم أموت أو يوم تموتين فهي طالق الساعة.

في البيان لأشهب: لا حنث عليه على أصله في اختصار المبسوطة لابن رُشْد، وقاله ابن نافع، وظاهر ما في المدبر منها مثل قولها.

وفيها: لغو أنت طالق إذا مت أنا أو أنت، ونقله اللخمي في: إن.

قال: وكذا إذا، وروى ابن وَهْب أنها تطلق عليه ورأى أن الطلاق يسبق الموت ويلزم مثله في إن.

قُلتُ: يرد بأن إن حرف لا تدل على زمان فاختصت بوقوع الموت عملا بالشرط، وإذا اسم تدل على زمان الموت الصادق على ما قاربه قبله فصار كقوله يوم يموت.

وفي النوادر عن الموازيَّة: أنت طالق إن مت أو إذا مت سواء، ووقف ابن القاسم في إن مت.

قال أَصْبَغ: هما سواء، وقاله مالك وابن القاسم، محملها واحد إلا أن يعلم ببساط يعرف أنه لا يحنث لا أعرفه إلا في قولها إن قال لها أنت طالق إن شئت أو إذا شئت

فذلك بيدها وإن افترقا، حتى توقف أو يتلذذ منها طائعة وكانت "إذا" عند مالك أشد من "إن"، ثم سوى بينهما.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال لامرأته إذا قدمت بلد كذا فأنت طالق فهي بمنزلتها؛ لأنه ضرب أجلا لا يدري أيبلغه أم لا، وليس كم قال أنت طالق يوم يموت أخي.

ابن رُشْد في أول سماع زونان عن أبي القاسم، من قال لامرأته إذا بلغت معي موضع كذا فأنت طالق هي طالق تلك الساعة، كمن قال لامرأته وهي حامل إذا وضعت فأنت طالق فقال ابن لبابة ليس باختلاف، ومعنى رواية عيسى إذا لم يخرج ولا عزم على المسير، والصواب أنه اختلاف من قوله لرواية عيسى عنه في المدنيَّة لا يقع عليه طلاق، وإن خرج متوجها حتى يقدم الموضع، وله في رسم يدير من سماع عيسى في العتق من قال لعبده إذا بلغت الإسكندرية فأنت حر، ثم بدا له في الخروج أنه حر إلى ذلك القدر الذي يبلغ، وإن لم يخرج، فيتحصل فيها ثلاثة أقوال، تعجيل الطلاق وإن لم يخرج لظاهر قول ابن القاسم في سماع زونان والآتي على سماع عيسى في العتق وتأخيره حتى يقدم البلد، وإن خرج، لابن القاسم في المدنيَّة وظاهر قوله في هذا السماع، والفرق بين قوله ذلك قبل خروجه أو بعده لرواية زياد بن أبي جعفر في المدنيَّة، وإليه ذهب ابن لبابة.

[باب المختلف في تنجيزه من الطلاق المعلق]

والمعلق على غالب الوجود كالحيض في تعجيله وتأخيره إليه[1] نقلا اللخمي مع غير واحد عن المشهور، وأشهب مع المخزومي وابن وَهْب وابن عبد الحَكم، والشيخ عن روايته ولابن بشير وابن شاس، ثالثها: إن كان على حنث، وقول ابن عبد السلام تصوير الثالث في المسألة عسير حسن، ويمكن تصويره بقوله إن كلمت فلانا فأنت طالق إن حضت، وقوله إن لم تكلمي فلانا فأنت طالق إن حضت، فكلمته في الأولى وتلوم لها في الثانية فلم تكلمه، وحكاه اللخمي عن أَصْبَغ في المغيب حسبما يأتي.

وقول ابن عبد السلام قول بعضهم هذا في غير اليائسة والصغيرة، لو قال

(1) قال الرَّصاع: قال: (المعلق على غالب الوجود كتعليقه على الحيض أو إذا قال لحامل إذا وضعت).

لإحداهما: إذا حضت فأنت طالق، فلا خلاف أنها لا تطلق عليه حتى ترى الحيض، يرده بنقل الشيخ من الواضحة.

قال ابن الماجِشُون: من قال لزوجته ولم تحض إذا حضت فأنت طالق طلقت الآن، ولو كانت قعدت عن الحيض لم تطلق إلا أن تحيض؛ يريد: ويقول النساء أنه دم حيض.

اللخمي: عن مالك وابن القاسم يلزمه الطلاق مكانه حين تكلم بذلك، فأوقعا الطلاق بنفس اللفظ من غير حكم، وقيل في هذا الأصل لا يحنث بنفس اللفظ إلا أن يرفع للحاكم فيحكم عليه بالطلاق وهو أحسن للخلاف فيه، وعن ابن بشير الأول والثاني لغيرها.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال لامرأته إن ولدت غلاما فلك مائة دينار، وإن ولدت جارية فأنت طالق، الطلاق وقع عليه.

ابن رُشْد: يريد أن الحكم يوجب أن يعجل عليه لا أنه وقع عليه بنفس اللفظ حتى لو مات أحدهما بعد ذلك لم يتوارثا، وهذا قول مالك فيها في نحو هذا.

قُلتُ: في النوادر عن الموازيَّة لابن القاسم: من قال إذا ماتت ابنتك فأنت طالق، فمات لتمام لفظه قبل القضاء عليه دون مرض لم ترثه، وقاله ابن عبد الحَكم.

قُلتُ: وهذا نص في خلاف ما حمل عليه ابن رُشْد السماع المذكور، ويأتي مثله في التعليق على الحمل وهو كله أصل واحد، ولو قال إذا حملت فأنت طالق وليست ظاهرة الحمل ففي وقوعه بتقدم وطئه في طهرها قبل حلفه أو بعده، ثالثها: له وطئها في كل طهر مرة ما لم يظهر حملها، ورابعها: له وطئها حتى يظهر لا بقيد مرة في الطهر، للخمي عن ابن القاسم في إذا حملت فوضعت فأنت طالق إن كان وطئها في ذلك الطهر فهي طالق مكانها، وابن القاسم أخرى وابن الماجِشُون وللصقلي عن أشهب، ولم يحك الصقلي عن ابن القاسم إلا قوله فيها إن كان وطئها في طهرها قبل قوله طلقت مكانها وإلا لم يمنع من وطئها مرة فتطلق عليه ونحوه لعياض، وخامسها قول اللخمي إن قال في طهر مس فيه لم يعجل طلاقها لإمكان عدم حملها، فإن ظهر حنث به؛ لأن العادة أنه إذا ظهر حمل قالوا حملت ولا يعتبرون ما كان قبل ذلك، وإن لم تكن عادة فإن كان حلفه دون أربعين يوما من إصابته حنث بظهوره، وإلا لم يحنث لقوله ﷺ: **«إن أحدكم يجمع**

في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم علقة مثل ذلك...»[1] الحديث، وإن قاله وهي ظاهرة الحمل فللخمي لا تطلق إلا بحمل مستأنف، ونقله الصقلي والشيخ عن سَحنون، ونقل ابن بشير في الأيمان والنذور أنها تطلق بحملها ذلك، ونقل ابن عبد السلام عن سَحنون في غير ظاهرة الحمل له وطئها في كل طهر مرة قائلا: وأظنه قول ابن الماجِشُون لا أعرفه إلا له لا لسَحنون حسبما نقله الشيخ واللخمي والصقلي وغيرهم.

ابن الحاجب: وفيها يمكن من وطئها مرة ولا يحنث بحمل هي عليه.

فيها: إذا حملت فوضعت فأنت طالق، إن كان وطئها في ذلك الطهر مرة حنث مكانه ولا ينتظر أن تضع، فقيل: اختلاف، والصحيح إن كان وطئها بعد اليمين، وقيل: القصد هنا الوضع.

قُلتُ: قوله: (ولا يحنث بحمل هي عليه) إن ساقه على أنه من المدَوَّنة فليس منها، إنما عزاه الشيخ والصقلي وعبد الحق في تهذيبه لسَحنون في المجموعة، وذكره اللخمي غير معزو كأنه المذهب حسبما مر، وإن ساقه لا على أنه منها فواضح، وهو ظاهر قوله بعده.

قُلتُ: وما ذكره من الاختلاف يحتمل رده لقوله إن كان وطئها في ذلك الطهر مرة حنث مع قوله له (لا يحنث بحمل هي عليه) لتناقضهما في الحنث بيمين سابق على اليمين؛ لأن اللفظ الأول ينفيه والثاني يثبته، وتقرير ما ذكره من الجوابين واضح إلا أن القائل بحمله على الخلاف لا أعرفه في غير اللفظين، وقد تقدم نقل ابن بشير في الأيمان والنذور، ويحتمل كونه مع قولها إنما يحنث بوطئها بعد حلفه فيكون الاختلاف في لغو تقدم وطئه إياها في ذلك الطهر قبل حلفه واعتباره؛ لأن اللفظ الأول يلغيه والثاني يثبته، وتقرير جوابيه ظاهر وحامله على الخلاف على هذا التفسير اللخمي حسبما مر، وجواب الصقلي عن معارضة قولها هنا لقولها في العتق من قال لأمته إذا حملت فأنت

---

(1) أخرجه البخاري: 11/ 417 في القدر، باب في القدر، وفي بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، وفي الأنبياء، باب خلق آدم وذريته، ومسلم: رقم (2643) في القدر، باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه، وأبو داود: رقم (4708) في السنة، باب في القدر، والترمذي: رقم (2138) في القدر، باب ما جاء أن الأعمال بالخواتيم.

حرة، وطئها في كل طهر مرة ما لم يثبت حملها بإجماع مالك وأصحابه على أن الطلاق إلى أجل لا يجوز، وأن العتق إلى أجل جائز؛ حسن، فإن رد نفس الوطء إن حكم له بحكم الحمل لزم وقوع المعلق فيهما ضرورة بالوطء وإلا فلا عملا لاستصحاب الحال السالم عن المعارض، وإنما يتم الجواب أن لو كان المعلق فيهما إلى قوله عن المعارض، قلنا المعارض قائم في مسألة الطلاق دون العتق، وهذا لأن الوطء يوجب الشك في إباحة وطئها في ذلك الطهر ضرورة احتمال حملها منه، فوجب منعه وتأخيره لرفع الشك بالعلم المستفاد من حيضها بعده ومن عدمه، ووجوب تأخيره في الزوجة يوجب الطلاق لمنافاة التأخير حلية النكاح لشبهه حينئذ بالمتعة، ووجوب تأخيره في الأمة لا يوجب عتقها لصحة العتق إلى أجل.

الشيخ: قال بعض أصحابنا إن تأخر حيضها بعد وطئه إياها في طهر مرة نظرها النساء، فإن أيقن أن لا حمل فله وطئها، فإن شككن منع حتى يرتفع الشك أو يوقن حملها، ولو قال لحامل إذا وضعت فأنت طالق ففي تعجيله وتأخيره لوضعها، قولها، ونقل محمد عن أشهب ومن معه في الحيض، وعليه لو وضعت ولدا وبقي آخر ففي وقوع طلاقها بوضعها الأول وتأخيره لوضعها الثاني.

نقل الشيخ روايتي محمد قائلا: اختلف فيها قول ابن القاسم ولم يحك اللخمي غير الثاني قائلا المعروف من قوله حنثه بالأول، ولو قال أنت طالق كلما حضت ففي وقوع الثلاث أو اثنتين، ثالثها: لا شيء عليه حتى تحيض فتقع طلقة ويرتجع، فإن حاضت ثانية وقعت الثانية وارتجع، فإن حاضت الثالثة بانت، لها، ولسَحنون واللخمي مع الشيخ عن رواية محمد.

وفيها: في أنت طالق كلما حضت أو كلما جاء يوم أو شهر أو سنة طلقت عليه الآن ثلاثا ولم تعد يمينه إن نكحها بعد زوج لذهاب الملك الذي طلق فيه.

قال سَحنون: بعضها صواب وبعضها خطأ.

أبو عمران: الصواب كلما جاء يوم وفي كلما جاء شهر قوله فيه أنها تطلق عليه الساعة، وينظر هل تذهب عدتها في الشهر أو في السنة؟ إن ذهبت لم يقع عليها طلاق

كقوله في أنت طالق كلما حضت، وقبله ابن عبد السلام كالصقلي.

قُلتُ: ينقض قبولهما إطلاقه بالحامل لجواز وضعها قبل اليوم الثاني أو الثالث، وقول ابن عبد السلام لو قال لها أنت طالق كلما حضت فلانة لعجلت عليه الثلاث على قول ابن القاسم وسَحنون معًا؛ يرد بمنع كونه كذلك على مذهب سَحنون؛ بل الصواب جريها على قوله في كلما جاء شهر أو سنة لاحتمال انقضاء عدة المطلقة قبل الحيضة الثانية للأجنبية كالشهر والسنة، ثم قال: مذهب سَحنون مشكل؛ لأنه إن جعل الطلاق واقعا حين التكلم بكلما حضت لزم منه صحة قول ابن القاسم، وإن جعل وقوع كل طلقة عند حيضتها التي علقت عليها لزم أيضًا صحة قول ابن القاسم؛ لأن الثالثة واقعة قبل تمام العدة؛ لأن الأولى يقدر وقوعها في الحيضة الأولى، والثانية في الحيضة الثانية ولم يمض إلا قرء واحد، والثالثة في الحيضة الثالثة ولم يمض إلا قرءان؛ لأن الأقراء الأطهار.

قال: فإن قلت: يقدر الأولى في الحيضة الأولى ويعجلها قبلها؛ لأن مذهبه أن الغالب كالمحقق.

قُلتُ: بهذا المعنى يجب تعجيل الثانية والثالثة.

قُلتُ: قوله: (بهذا المعنى يجب تعجيل الثالثة) وهم لأن الأولى والثانية إنما وجب تعجيلهما؛ لأنهما علقتا على ما يقارن عصمتها، وهي الحيضة الأولى والثانية فثبتتا لذلك فعجلتا لغلبية ما علقتا عليه المقارن لعصمتها، والطلقة الثالثة إنما علقت على ما يناقض عصمتها، وهو الحيضة الثالثة الكائنة بعد انقضاء عدتها المنافية لعصمتها فوجب سقوطها لانتفاء المحل، وما سقط في ذاته امتنع تعجيله، ومن فهم الفرق بين لزوم طلاق القائل أنت طالق قبل موتي بشهر وعدم لزومه في أنت طالق بعد موتي بشهر اتضح له ما قلناه، وتقدم في فصل طلاق السنة من هذا النوع فروع، وفي الأيمان والنذور لفظ معنى التكرار ويأتي ما يخالفه.

والمعلق: على نفس فعل غير غالب وجوده يمكن علمه لا يلزم إلا به، ففي ثاني عتقها كإيلائها وغيره من قال لزوجته أنت طالق إذا قدم فلان لا تطلق حتى يقدم وله وطئها، فإن قصد وقت الفعل وهو تنبع فكمعلق على وقت.

الشيخ لابن سَحنون عنه في أنت طالق: إذا قدم فلان إن قصد حفل قدومه أجلا كقوله إذا صدر الحاج طلقت الآن، وإن أراد أنه لا يقدم هذا البلد فقدم ميتًا فلا شيء عليه، وقول ابن الحاجب "إن كان محتملا غير غالب لا يمكن الإطلاع عليه، فإن كان مثبتًا انتظر، ولم يتنجز إلا أن يكون واجبًا مثل إن صليت فيتنجز، إلا أن يتحقق المؤجل قبل التنجيز"، نص في أن التنجيز لنفس الفعل لوجوبه، وهو وقبوله.

ابن عبد السلام: خلاف ظاهر الرواية في النوادر، وفي آخر باب الطلاق إلى أجل قال ابن سَحنون عنه: لو قال أنت طالق إذا صليت أنت أو إذا صليت أنا فهو سواء، وتطلق الساعة؛ لأنه أجل آت ولا بد من الصلاة.

قُلتُ: إنما عجله بمجموع كونه أجلًا، وكون الفعل غالبًا، وهو المجموع خلاف ما جعله ابن الحاجب منه، وقوله إلا أن يتحقق المؤجل قبل التنجيز استثناء من المستثنى؛ أي: فلا يلزمه الطلاق وهو على حذف مضاف؛ أي: إلا أن يتحقق عدم المؤجل كقوله إن صليت الظهر في قامته اليوم فتمضي القامة دون صلاتها قبل تنجيز الطلاق، وهو بناء على وقف التنجيز على الحكم، وفي رفع ظهور مقتضى البر لزوم الطلاق خلاف مذكور في الحلف على مغيب مستقل.

قال ابن عبد السلام: يعني إلا أن يقول مثلا إن صليت الظهر في هذه الساعة فامرأتي طالق فتنقضي الساعة، ولم يصل فقد تحقق انتفاء ما علق عليه الطلاق قبل تنجيزه، وينبغي أن يكون هذا الأجل أقل من زمن صلاة الظهر المحلوف على فعلها إن كان أوسع من وقتها لم يتم هذا الحكم، وهو ظاهر كلام المؤلف في قوله قبل التنجيز.

قُلتُ: فيما قاله نظر؛ لأن كلام المؤلف مطلق في الأقل، وقوله: (هو ظاهر كلام المؤلف) لا يخفى على منصف عدم ظهوره، واستدلاله بقوله: (قبل التنجيز) كونه على العكس أقرب، ومقتضى الأصول في قوله لها ولم يبق من القامة الأولى إلا قدر ركعة إن صليت الظهر في قامتها الأولى أداء كلها فأنت طالق أنه كقوله إن لمست أسماء فأنت طالق.

وفيها: إن قال لها أنت طالق بعد قدوم زيد بشهر طلقت عليه حين قدومه، ولو قال قبل قدومه بشهر بقي تعجيله وعدمه فيضرب له أجل الإيلاء فانقضى قبل قدومه

طلقت بالإيلاء، فإن قدم بعد انقضاء عدتها بأكثر من شهر لم يقع عليه به طلاق، وإن قدم قبل شهر من يوم طلقة الإيلاء أو من يوم انقضاء عدتها لزمته طلقة ثانية بما انكشف من وقوع طلقة عليه قبل طلقة الإيلاء، وبعدها قبل انقضاء عدتها، ولو ارتجع من طلقة الإيلاء ولم يأت لم يصح له الوطء، فإن لم يأت حتى انقضت عدتها بطلت رجعته، وإن قدم قبل انقضاء أجل الإيلاء لزمته طلقة وبطل الإيلاء، وعدتها من هذه الطلقة من يوم وقعت عليه قبل قدومه بشهر إلا أن يكون وطئها قبل ذلك.

قُلتُ: على عدم فعل ممكن للحالف غير ممنوع، ولا مؤجل يمنع الوطء حتى يفعله إن مات ولم يفعله، ومتعلق فعله كائن في عتقها ورثته وورثها إذ لا تطلق ميتة، ولا يوصي ميت بطلاق، وفي الأيمان منها من قال: أنت طالق إن لم أفعل كذا حيل بينه وبينها حتى يفعل ذلك وإلا دخل عليه الإيلاء.

اللخمي: روى ابن شعبان من حلف بالطلاق ليفعلن ترك الوطء محدثٌ ليس من الأمر القديم؛ يريد: لم تكن الفتيا بمنعه، وقول ابن كنانة يؤمر بالكف من يتوقع حنثه في الحياة لا من لا يحنث إلا بموته أو موت زوجته أحسن.

الشيخ: إن تعدى فوطئ لم يلزمه استبراء.

الصقلي: لضعف القول بمنعه والاختلاف فيه.

قُلتُ: يرده وطء المعتكفة والمحرمة والصائمة فالأولى؛ لأنه ليس لخلل في موجب الوطء، وقول استبرائها كل وطء فاسد لا يطأ فيه حتى يستبرئ؛ يريد: فاسد لسبب حليته، وهو دليل ما قبله في وطء الأب أمة ابنه.

وما له أجل عرفًا: سمع عيسى ابن القاسم فيه من قال إن لم أحج فامرأتي طالق البتة، ولم يسم عام حجه، لا ينبغي له وطئها حتى يحج إن قال بيني وبين ذلك زمان، قيل أحرم واخرج؛ لأنها إن رفعته ضرب له أجل المولي إن لم يحرم، ولو كان ذلك في المحرم، وإن رضيت بالمقام دون مسيس حج متى شاء.

ابن رُشْد: ظاهره كظاهر قول ابن القاسم فيها يمنع الوطء من يوم حلفه، وإن لم يأت إبان خروج الناس للحج، وإن وقفته ضرب له أجل المولي.

قال غيره فيها: إن تبين ضرره بها وقيل له اخرج وأحرم وإن كان في المحرم،

ومعناه على ما قال عيسى ابن دينار إذا وجد صحابة، وإلا لم يؤمر بإحرام ولا يضرب له أجل الإيلاء، وروى ابن نافع لا يمنع من الوطء ولا يضرب له الأجل حتى يأتي إبان خروج الحج، فإن ضرب له أجل الإيلاء فحج قبل انقضائه سقط عنه الإيلاء، وإن لم يحج طلق عليه به عند انقضائه، وإن انقضى أجل الإيلاء قبل وقت الحج لم يطلق عليه حتى يأتي وقت الحج، فإن أتى فحج بر وسقط الإيلاء، وإن لم يحج طلق عليه به، وإن لم يؤجل للإيلاء ولا خرج حتى فاته الحج أجل للإيلاء، وقيل له: اخرج وأحرم على القول الأول، وعلى القول الثاني قال ابن القاسم: يطلق عليه، وقال أشهب: يرجع إلى الوطء، وقيل: لا يرجع إلى الوطء أبدًا، ويؤجل للإيلاء متى قامت به امرأته، وثالثها: لا يمنع الوطء حتى يخشى فوت الحج فيمنع ويؤجل للإيلاء إن قامت امرأته به، وقيل له: اخرج، فإن أسرع وحج سقط الإيلاء، وإن لم يدرك الحج طلق عليه بالإيلاء إن انقضى أجله أو عند انقضائه، ورابعها: لا يمنع الوطء حتى يفوته الحج، فإن فاته وقامت به امرأته ضرب له أجل الإيلاء إن خرج لم تطلق عليه بانقضاء أجل الإيلاء حتى يأتي وقت الحج، فإن حج بر وسقط عنه الإيلاء، وإن لم يحج طلق عليه بالإيلاء، وإن لم يخرج حتى انقضى أجل الإيلاء طلق عليه بالإيلاء، وهذا وما قبله قائمان من المدَوَّنة، وإن كان يوم حلف لم يبق بينه وبين وقت الحج ما يدرك فيه الحج لم يمنع من الوطء، ولم يدخل عليه إيلاء في بقية ذلك العام وهو دليل قوله في السماع، فإن لم يحج عامه وعليه من الزمان ما يحج في مثله.

قُلتُ: عزا الصقلي الرابع لعبد الملك وروايته.

عياض: لابن القاسم في الظهار كقول الغير في إيلائها إذا بان ضرره، وله في الموازيَّة مثل قول ابن نافع.

الصقلي عن محمد: إن حلف على فعل شيء أو الخروج لبلد، ولا يمكنه حينئذ لم يكن على حنث حتى يمكنه، وكذا إن لم يكن لخروجه وقت ومنعه فساد طريق أو غلاء كراء فهو عذر، وكذا حلفه ليكلمن فلانا الغائب فلا يوقف حتى يقدم، ولو طالت غيبته، فإن مات فيها فلا شيء عليه، ولو حضر وطال مقامه بما يمكنه الفعل فلم يفعل حتى مات فلان حنث.

وقال ابن الحاجب: لو حبسه عذر في المنفي ففي حنثه قولان مشكل؛ لأن ظاهره

لو علق الطلاق على عدم فعل ممكن له غير مؤجل لقوله إن لم أدخل موضع كذا فامرأتي طالق، فحبسه عن دخوله عذر أن في حنثه قولين، والقول بحنثه دون عذر فضلا عن العذر لا أعرفه، وأصول المذهب تنفيه حسبما ذكرناه من نص عتقها بثبوت الإرث في الموت مع عدم الفعل، وقولها إذ لا تطلق ميتة ولا يوصي ميت بطلاق.

قال ابن عبد السلام: وجود القولين على الوجه الذي حكاه المؤلف عزيز في هذا الموضع، لكن أصول المذهب تشهد له لولا الإطالة لذكرنا ما يدل عليه.

قُلتُ: قوله: (أصول المذهب تشهد له) دعوى من نظر وأنصف نفى نفيها هذا إن حمل قوله في حنثه على ظاهره، وإن حمل على حذف مضاف أن في حكم حنثه أمكن تفسيره بالقولين في منعه الوطء بعذر منعه الفعل كنقل اللخمي وغيره فيمن حلف ليخرجن إلى بلد فحيل بينه وبين الخروج، أو كانت يمينه ليتزوجن فلانة فلم يزوجوه لا يحال بينه وبين زوجته، وقيل: يحال بينه وبينها مطلقًا.

قُلتُ: مثل هذا سمع يحيى ابن القاسم في الإيلاء.

ابن رُشْد: هو الآتي على القول بأن من حلف بالطلاق ليفعلن فعلا لا يمكنه في الحال ويمكنه في حال أخرى مول من يوم حلفه، وهو ظاهر قول ابن القاسم فيها، ونص رواية عيسى عنه في ليحجن وهو في غير وقت الحج خلاف قول غيره فيها.

والمعلق على عدم فعل غير الحالف: في كونه كعدم فعله والتلوم له بقدر ما يرى أنه أراده، ثالثها: إن حلف على غائب كأنت طالق إن لم يقدم فلان أو إن لم يحج، فالأول وإن حلف على حاضر كقوله إن لم تهب لي دينارًا أو إن لم تقضني حقي فالثاني لسماع عيسى ابن القاسم في الإيلاء ولعتقها الأول، وسماع عيسى ابن القاسم في الأيمان بأنه طلاق، وعلى الثاني في منعه الوطء، ثالثها: إن كان ليمينه سبب وقت أراده دون حكم قول ابن القاسم: إن مضى قدر ما كان السلطان يتلوم له وقع حنثه، إن ماتت بعد ذلك لم يرثها، وإن مات ورثته ما لم يفرق الحاكم.

قال الأخوان: لا يقطع طلاق، ولو طال إلا بالحكم، والقياس الأول ولا ميراث بينهما.

ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك مطلقًا أو إلى أجل ففي وقوعه حينئذ وتأخيره

لإيقاعه عليه بوقفها إياه، ثالثها: بتأخيره لانقضاء أجل الإيلاء رجاء صبرها دون وطء لابن القاسم وغيره.

فيها: ونقل اللخمي مع ابن رُشْد قائلا: هما قائمان من إيلائها، ودعوى حقية الأول بأنه مقتضى البرهان العقلي في استلزام كل متصلة منفصلة مانعة جمع من عين مقدمها ونقيض تاليها ومانعة خلو من نقيض مقدمها ونفس تاليها، وبيانه أن الأولى في مسألتنا هي إما كون زوجته غير موقع عليها طلاقه، وأما كونها غير مطلقة بمعنى منع الجمع ولا يصدق كونها مانعة جمع إلا بوقوع الطلاق عليها فوجب وقوعه، والثانية هي إما كونه موقعا عليها طلاقه، وإما كونها طالقا بمعنى منع الخلو، وقد حلت عن الأول فتعين ثبوت الثاني، يرد بأن هذا في اللزوم العقلي ثابت لا بقيد زائد إما في اللزوم الجعلي فلا بد فيه من إرادة الملتزم معنى لفظه ولازمه وإرادته فرع علمه لزومه وأكثر فقهاء الوقت فصلا عن العوام لا يعلمون وما لا يعلم لا يراد.

اللخمي: ويختلف إن لم يضرب أجلا فعلى قول مالك يمنع منها، وقول ابن كنانة لا يمنع؛ لأن كل طلاق عنده لا يبين إلا بالموت لا يمنع فيه من الزوجة، واختلف إن ضرب أجلا، ولو أجل برأس الشهر طلاقها وحدة بعدم طلاقها البتة ففي سقوط حلفه إن عجل الطلقة، وإلا وقف لتعجيلها أو وقوع البتات وسقوطه بتعجيلها، وإلا لم يوقف، فإن حل الشهر ولم يعجلها وقعت البتات، ثالثها: يسقط تعجيلها ويترك لحلول الشهر إن طلق عنده وإلا لزمت البتات، لسماع عيسى ابن القاسم مع ابن رُشْد عن الآتي على قولها في أنت طالق إن لم أطلقك، وأَصْبَغ مع سَحنون والآتي على سماع أبي زيد ابن القاسم في التخيير والمغيرة.

قُلتُ: ذكرها اللخمي وعكسها، وذكر فيهما قولا بلزوم تعجيل أقل الطلاقين المعلق والمعلق على عدمه.

قُلتُ: عزاه في النوادر لعبد الملك.

اللخمي: وأرى في أنت طالق وحدة إن لم أطلقك رأس الشهر ثلاثا تعجيل طلقة الحنث وهي واحدة، فإن أراد البر فطلق ثلاثا بانت وإلا كان حانثا بواحدة وقد عجلت، فإن انقضت العدة قبل وقت الحنث بانت بها، وفي عكسها أن لا تعجل طلقة

البر؛ لأنه لم ينوها، وإن عجلت طلقت من الثلاث التي يحنث بهن.

قال إنما أوجب البر بطلقة أوقعها فتصير مع الأولى طلقتين فالوقف لبره أو حنثه أحسن، وزاد في المسألة الأولى عن ابن القاسم الوقف، وعن محمد إن حلف لسؤالها أو سؤال أهلها طلاقها لم ينفعه تعجيل الطلقة، وإن كان ذلك ابتداء إليهما أجزأه.

اللخمي: ولو حلف عند سؤالهم أن لا يؤخره عن رأس الشهر؛ جاز تعجيلها هذا في حلف ليطلقنها رأس الهلال، ولو قال إلى رأس الهلال صح تعجيله الطلقة؛ لأن إلى غاية، وعزا ابن الحاجب الوقف لمالك إنما هو في الموازيَّة لابن القاسم حسبما هو في النوادر.

اللخمي: إن حلف بالثلاث إن لم يطلقها قبل الهلال ثلاثا لم يعجل أحد الطلاقين. قال محمد: لأن له أن يصالح قبل الأجل فلا يلزمه غير واحدة.

الشيخ: روى محمد في أنت طالق إلى شهر ثم قال أنت الآن طالق الطلقة التي إلى شهر لم يلزمه إلا طلقة.

محمد: هذه جيدة ووقف عن ما قبلها ورآها إيمانا لم يجب فيها طلاق، وقال أرأيت إن قال أنت طالق البتة إن لم أطلقك إلى سنة البتة أتعجل عليه البتة، وهو أن يقدر أن يصالح قبل السنة ويتزوجها بعدها فيسلم من البتة ولا أحرم عليه وطئها إلى الأجل، كقوله أنت طالق البتة لأعتقن جاريتن إلى سنة لا يحرم عليه وطئها.

قُلتُ: ظاهره الاتفاق على عدم التعجيل في تعليق البتة على عدمها، وقول ابن الحاجب بعد ذكره القول بالتعجيل في أنت طالق إن لم أطلقك، وكذلك إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق البتة يقتضي أن فيها قولا بالتعجيل، وكذا فعل ابن بشير.

الشيخ في الموازيَّة عن عبد الملك قوله أنت طالق إلى مائة سنة إن لم أطلقك الآن لغو، وفي أنت طالق الساعة إن لم أطلقك إلى مائة سنة هي طالق الساعة.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال لامرأته إن لم أتزوج عليك فأنت طالق البتة، ثم قال من تزوجتها عليك فهي طالق البتة طلقت عليه الساعة بالبتة إلا أن تقيم لا يطأها، ولا ينظر إلى شعرها، فإن رفعته طلقت مكانها.

ابن رُشْد: قيل إن رفعته ضرب له أجل الإيلاء، والقولان قائمان من إيلائها،

وروى اللخمي من قال لإحدى امرأتيه أنت طالق إن لم أطلق الأخرى إلى سنة يوقف؛ لأن يطلق إحداهما، ولأَصْبَغ: من قال لامرأته أنت طالق البتة لأعتقن جاريتين فلانة إلى سنة لا تحرم عليه واحدة منهما، فخرج في كل منهما قول الأخرى.

الشيخ: لو قال كلما أو إذا ما أو متى ما وقع عليك طلاقي فأنت طالق لزمه بطلاقها واحدة ثلاث، ولو قال طلقتك بدل وقع عليك طلاقي ففي كونه كذلك ولزوم اثنتين فقط ثاني قولي سَحنون وأولهما مع بعض أصحابه.

قُلتُ: وظاهره أن إذا ما ومتى ما مثل كلما دون إرادة كونهما مثلها خلاف نصها، ونص رواية ابن حبيب في باب تكرير الطلاق في لفظ ابن شاس أن مهما ما ومتى ما مثل إن في عدم التكرار.

ابن سَحنون: من قال لزينب أنت طالق إذا طلقت عمرة ثم قال بعمرة مثل ذلك إن طلق زينب لزمته فيها طلقتا وفي عمرة طلقة، وقال بعض أصحابنا لا تطلق زينب إلا طلقة.

وسمع أبو زيد ابن القاسم في العدة من قال لامرأته: سلامة أنت طالق يوم أطلق زوجتي ميمونة، ثم قال لميمونة كذلك، من طلق منهما أولا لزمته فيها طلقتان.

ابن رُشْد: هذا أبين، ومثله سمع عيسى في الأيمان بالطلاق.

قُلتُ: زاد فيه ولو كان بلفظ "كلما" لزمه في كل منهما ثلاث قاله سَحنون.

قُلتُ: مقتضى قول بعض أصحاب سَحنون كون طلاق الأولى واحدة لا طلقتان فتأمله، وقول ابن الحاجب إثر نقله القولان في كلما طلقتك بناء على إلغاء المعلق أو اعتباره؛ يريد: إلغاء الطلاق الواقع باليمين في جعل الملتزم طلاقه سببا في طلاق آخر كأنه قال كلما طلقتك طلاقا بسيطًا لا معلقًا؛ لأنه المتبادر في فهم طلق فلان أو اعتبارًا في السببية للفظ كلما، وقول ابن عبد السلام الطلاق الأول بمباشرته، والثاني: بالحكم لا بها فهو على الخلاف في أن فاعل السبب غير فاعل المسبب أو فاعله إليه أشار المؤلف بالإلغاء والاعتبار، يرد بأن كليهما بمباشرته ضرورة أن طلاق من قال: إن كلمت فلانا فامرأته طالق فكلمه بمباشرته، والمباشرة أعم من كونها بطلاق بسيط أو معلق؛ بل لفظ المؤلف على حقيقته في المعلق والإلغاء والاعتبار فتأمله.

الشيخ عن الموازيَّة لو قال لإحدى امرأتيه إن طلقتك فصاحبتك طالق فطلق المقول لها فوقع على الأخرى طلقة، ثم طلق الأولى ثانية فلا شيء عليه في الثانية، ولو قال للثانية: كلما طلقتك فالأخرى طالق لزمه بطلاقه المقول لها كلما في كل منهما طلقتان، ويلزمه بطلاقه المقول لها إن طلقتك فيها طلقتان في الأخرى طلقة، ولو كان طلاق المقول لها إن طلقتك فأنت طالق قبل البناء لتخرجت على قاعدة الحكم بوقوع المسبب لوقوع سببه معه أو بعده، على الأول يلزمه طلقتان، وعلى الثاني طلقة واحدة عليها في أنت طالق أنت طالق قبل البناء، وعلى المشهور طلقتان، وتقدم هذا الأصل فيمن حلف بطلاق امرأته لا خالعها، وقال ابن شاس: قال ابن سَحنون في إن طلقتك أو مهما أو متى ما فأنت طالق إن طلقها واحدة طلقت طلقتين بعد البناء وطلقة واحدة قبله؛ لأن المطلق يصادف حال البينونة، وقبله القرافي، وتبعه ابن الحاجب في عزوه لسَحنون وزاد أو في الخلع على أصله بناء على أن المشروط مقدر بعد الشرط أولا.

قُلتُ: قوله: (على أصله) لا أعرفه، إنما عزا هذا الأصل غير واحد لإسماعيل القاضي في الخلع، وفي تكرير الطلاق قبل البناء.

ابن شاس: من قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ألغى لفظ قوله قبله إن طلقها لزمه تمام الثلاث.

قُلتُ: قال الطرطوشي هذه المترجمة بالسريجية قال: دهماء الشافعيَّة لا يقع عليها طلاق أبدا، وهو قول ابن سريج، وقالت طائفة منهم يقع المنجز دون المعلق منهم أبو العباس المروزي وأبو العباس القاضي، وقالت طائفة: يقع مع المنجز تمام الثلاث من المعلق.

قاله أبو حنيفة ومن الشافعيَّة أبو عبد الله المعروف بالحسن وغيره، وأبو نصر بن الصباغ من خيار متأخريهم، وهو الذي نختاره، وليس لأصحابنا في هذه المسألة ما يعول عليه، ولمالك ما يدل على تصحيحها، وهو عدم قبوله شهادة عدلين على من أعتقها أنه غصبها لمن ادعاهما؛ لأن ثبوتها يؤدي إلى نفيها، وعدم قبوله شهادتها بدين عليه يبطل عتقها، ووقع له ما يدل على خلاف هذا وهو ثبوت ما يؤدي إلى نفيه منه، قوله من أعتق ولده أو والده في مرضه بتلا صح عتقه وورثه، مع أن إرثه يؤدي إلى

نفيه؛ لأن العطية في المرض كالوصيَّة لا تصح لوارث فبثبوت إرثه يبطل للعطية له وبطلان العطية يبطل حريته، وبطلان حريته إرثه.

الشيخ: من شرط لامرأته أن كل امرأة يتزوجها عليها طالق فتزوج أخرى وشرط لها أن كل امرأة طالق، فقال محمد وأَصْبَغ تطلقان عليه، وقال ابن القاسم: لا تطلق الثانية وذكرها الطرشوشي، وقال: وجه قول ابن القاسم إن معنى شرطه للأولى أن كل امرأة يتزوجها عليها يعني وأنت مقيمة فهي طالق، وعقد الثانية يوجب طلاق الأولى فكأنه لم يجامعها، والقصد كراهة أن يجمع معها أخرى.

قال: وقال بعض أصحابنا جواب ابن القاسم وهم، والصواب قول أَصْبَغ؛ لأن شرط كل واحدة يوجب طلاق الأخرى.

قال الطرطوشي: هذه المسألة هي المسألة السريجية وقد أوضحنها في كتاب الطلاق.

قُلتُ: وللمسألة توقف على أصل لم يذكروه فيها، وهو جعل أمر مستقبل سببًا في طلاق مقيد بزمن ماض عنه هل يلزم اعتبارًا بوقت التعليق أو لا اعتبارا بوقت حصول السبب؟

سمع عيسى ابن القاسم: من قال لامرأته أنت طالق اليوم إن دخل فلان غدًا الحمام لا تطلق عليه حتى يدخل، وله مسها فقبلها الشيخ ولم يقيدها.

وقال ابن رُشْد: في هذا اللفظ تجوز مثله في كتاب الظهار منها وليس على ظاهره، فيه تقديم وتأخير، وحقيقة تركيبه من قال لامرأته اليوم أنت طالق إن دخل فلان غير الحمام، وقوله له مسها يريد فيما بينه وبين غد.

قُلتُ: ولابن محرز عن ابن القاسم من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق أمس دخولك لزمه.

ابن عبد الحَكم: إن قال أنت طالق اليوم إن كلمت فلانا غدًا فكلمه لا شيء عليه.

الشيخ: هذا خلاف حمل مالك؛ بل يلزمه الطلاق؛ لأنه لا يتعلق بزمن.

قُلتُ: ففي لغو المعلق مقيدا بزمن قبل زمن سببه طريقا ابن رُشْد مع نص ابن عبد الحَكم وابن محرز مع الشيخ ونص ابن القاسم، فإن قلت: محمد عن ابن القاسم من قال

لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق غدًا، إن تزوجها غدًا لزمه وبعده لا شيء عليه، وهذا خلاف متقدم نقل ابن محرز عنه.

قُلتُ: يفرق بأن زمن إنشاء التعليق فيما نقله ابن محرز قابل للطلاق لو نجز، وفيما نقله عنه محمد غير قابل، ومقتضى طريقة الشيخ وهي أسعد بالروايات صحة ما فهمه الطرشوشي عن المذهب في السريجية، وتبعه ابن العربي وابن شاس، فإن كان عدم الفعل منه أو من غيره المعلق عليه مؤجلا ففي منعه من الوطء نقلا ابن رُشْد عن أول قولي ابن القاسم في سماع عيسى في الإيلاء مع غيره في أول عتقها الأول.

قال: وهو الصحيح لاتفاقه مع مالك على أنه على بر، وعلى منع الوطء قال الشيخ: لا استبراء عليه.

قُلتُ: إذ ليس لخلل في سبب حلية الوطء، فإن كان الفعل محرما حكم بتعجيل حنثه ما لم يفعله، وشاذ قول ابن الحاجب على المشهور لا أعرفه، وفي تخريجه على أن النهي يدل على فساد المنهي عنه منهما لكونه على حنث نظر، ويتم تخريجه على ما في المغيب للمغيرة. انتهى بحمد الله تعالى وحسن عونه السفر الثالث.

وتعليقه على الجزم بمغيبٍ وجودًا أو عدمًا لا يعلم حين الجزم عادةً يوجب الحكم بتنجيزه.

فيها: إن قال لامرأته حاملًا إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق طلقت حينئذ؛ لأنه غيب، وإن أتت بغلام لم ترد إليه، وكذا إن لم تمطر السماء وقت كذا فأنت طالق، ولا يؤخر لظهور ما حلف عليه بخلاف إن لم يقدم؛ أي وقت كذا فأنت طالق لدعوى علمه بخير أو غيره، ومثله سماع عيسى ابن القاسم بزيادة إن وجد ما حلف عليه حقا فلا شيء عليه.

قُلتُ: هو على وجهي، إن حلف على أنه لا بد من كونه أو عدمه لكهانة أو تنجيم أو تقحمًا على الشك دون سبب تجربة أو توهم شيء ظنه عجل عليه الطلاق حينئذ اتفاقًا، فإن غفل عنه حتى جاء الأمر على ما حلف عليه ففي لزوم طلاقه قولا عيسى بن دينار مع المغيرة، وهذا السماع إن حلف عليه لغلبة ظنه لتجربة أو لشيء توهمه عجل طلاقه، فإن لم يعجل حتى جاء الأمر على ما حلف عليه لم يعجل عليه.

قاله عيسى بن دينار وهو دليل سماع أبي زيد ابن القاسم، ولو ألزم نفسه الطلاق على وجود ذلك أو على عدمه على غير وجه اليمين لم يعجل طلاقه إلا أن يكون ما الشك فيه كقوله امرأته طالق إن كان في بطن فلانة جارية أو إن وضعت جارية أو لامرأته إن كنت حاملًا أو لم تكوني حاملا وشبهه، ففي تعجيل طلاقه وتأخيره قولا مالك وابن الماجِشُون.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم من قال لامرأته إن لم تكن من أهل الجنة فهي طالق هي طالق ساعتئذ.

ابن القاسم: ومثله إن لم أدخل الجنة.

ابن رُشْد: مثل تسويته بينها لمالك في المبسوط إن حلف عليه حتما، وقال الليث بن سعد: لا شيء عليه لقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ جَنَّتَانِ﴾ [الرحمن: 46]، وقاله ابن وَهْب، فإن نوى أنه لا يدخل النار فتعجيل طلاقه ظاهر؛ لأن المسلم لا يسلم من الذنوب ولا يعصم منها إلا نبي، ولا ينبغي أن يختلف فيه؛ لأنه حلف على غيب، وإن نوى أنه يدخل الجنة من الذين لا يخلدون في النار؛ فمعنى يمينه أنه لا يكفر بعد إيمانه ويثبت عليه لموته فلا شيء عليه، كمن حلف بالطلاق ليقيمن بهذا البلد حتى يموت لا ينبغي فيه خلاف، وإن لم تكن له نيَّة فظاهر قول مالك وابن القاسم حمله على الوجه الأول، والأظهر حمل قوله إن لم يكن من أهل الجنة عليه، وحمل قوله إن لم أدخل الجنة على الثاني كما لو قال إن دخلت الدار؛ لأن معناه ألا يكفر، وقول الليث وابن وَهْب: بناء على حمل قوله على الوجه الثاني، ولا يتأول عليهما أنهما حملا قوله على الوجه الأول لم يوجب طلاقه؛ لأنه خروج إلى الإرجاء.

قُلتُ: هذا يناسب قول ابن سَحنون: إخبار المرء عن إيمان نفسه جزم فقط، والأول يناسب قول ابن عبدوس: يجب تقييده بأن شاء الله، وعزا المتكلمون الأول لأبي حنيفة وأتباعه، والثاني لابن مسعود مع جمع عظيم من الصحابة والشافعي وأتباعه، وقول عياض الخلاف حالي، إن أراد حالا واستقبالا فالأول، وإن أراد حالا فقط فالثاني سبقه به الحس البصر، وفي الأخبار عن من سمع لفظ إيمانه بأنه مؤمن عند الله مطلقًا أو بقيد قول إن وافقت سريرته على نيته قولا ابن التبان والشيخ، واحتجاج

ابن التبان بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ﴾ [الممتحنة: 10] حجة لابن سَحنون لا له.

الجلاب: لو حلف بطلاقها أنها وأنه من أهل الجنة أو من أهل النار أو أن رجلا كذلك طلقت عليه، وسمع عبد الملك بن الحسن ابن القاسم: من قال امرأته طالق البتة إن لم يكن عمر بن الخطاب أو أبو بكر من أهل الجنة لا شيء عليه، وكذا عمر بن عبد العزيز.

ابن رُشْد: سائر العشرة كأبي بكر في ذلك، وكذا من ثبت بطريق صحيح عنه ﷺ أنه من أهل الجنة كعبد الله بن سلام[1]، ووافقه مالك في تحنيث من حلف بذلك في عمر بن عبد العزيز، وقال: هو رجل صالح إمام هدى لم يزد على ذلك لعدم ورود نص فيه، ووجه قول ابن القاسم ظاهر قوله ﷺ: **«أنتم شهداء الله في أرضه فمن أثنيتم عليه بخير وجبت له الجنة...»**[2] الحديث، وشبهه وحصل إجماع الأمة على حسن الثناء عليه والإجماع معصوم، فإن قلت: قوله: وكذا من ثبت بطريق صحيح عنه ﷺ أنه من أهل الجنة على القول بأن الحلف على الظن ليس غموسا واضح، وعلى أنه غموس ينبغي أن يحنث الحالف هنا؛ لأن خبر الواحد الصحيح إنما يفيد الظن.

قُلتُ: الظن الناشئ عن خبر الواحد قوي لوجوب اعتباره والعمل به بخلاف الظن العارض لإنسان لأمر عرض له.

قُلتُ: ففي وقوع طلاق الحالف على الجزم بمغيب يبين بعد ذلك بنفس حلفه أو بالحكم، ثالثها: يؤخر لبيانه، ورابعها: هذا إن كان على بر كقوله إن أمطرت السماء غدًا.

اللخمي عنها وعن ابن حبيب وأصل أشهب وأَصْبَغ مع الصقلي عن ابن حبيب، وبالثاني فسرها ابن رُشْد، وعزاه والأول بفضل الثاني قولي ابن القاسم وأولهما، وعلى

---

(1) أخرجه البخاري: 7/97 في فضائل أصحاب النبي ﷺ، باب مناقب عبد الله بن سلام رضي الله عنه، ومسلم: رقم (2483) في فضائل الصحابة، باب من فضائل عبد الله بن سلام رضي الله عنه.

(2) أخرجه البخاري: 3/181 في الجنائز، باب ثناء الناس على الميت، وفي الشهادات، باب تعديل كم يجوز، ومسلم: رقم (949) في الجنائز، باب فيمن يثنى عليه خير أو شر من الموتى، والترمذي: رقم (1058) في الجنائز، باب ما جاء في الثناء على الميت، والنسائي: 4/ 49 و 50 في الجنائز، باب الثناء.

الثاني لو لم يحكم به حتى بان بره ففي عدم حنثه نقل ابن رُشْد عن سماع عيسى.

ابن القاسم مع الصقلي عن ابن حبيب وفضل عن أَصْبَغ وابن رُشْد عن المغيرة مع عيسى: وظاهر قول غيره التسوية بين استناده لشبه تنجيم أو غيره وعدمه خلاف ما مر له.

اللخمي: من قال إن لم تمطر السماء فأنت طالق فلا شيء عليه عم أو خص إذ لا بد منه زمنا ما، وكذا إن ضرب أجل خمس سنين ولو غير شهرًا فعلى ما مر من الخلاف.

ابن رُشْد: اتفاقًا لأن تعليقه على مشيئة الله إياه تعليق له على واقع لانحصار ظاهر قوله إن شاء الله في إن أراده أو شرعه، والأول واقع؛ لأن قوله ذلك ملزوم لإرادته، وكل مراد للبشر مراد لله لعموم إرادته كل حادث، والثاني كذلك لشرع الله لزومه بقول أنت طالق، وقول بعضهم "إنما ألزمه مالك؛ لأن مشيئته تعالى مجهولة لنا لا يمكننا علمها، فوقع الطلاق للشك فيه" مرغوب عنه لاقتضائه تشابه مشيئته تعالى بمشيئة العبد لجعله ذلك كقول من قال: امرأتي طالق إن شاء زيد فغاب قبل علم مشيئته حيث لا يعلم، وهو مضاه لقول القدرية بحدوث الإرادة.

قال ابن شاس: كإن شاء هذا الحجر.

ابن رُشْد: تمثيل بعضهم بإن شاء زيد فغاب أنه ليس مثل إن شاء هذا الحجر، إذ لا مشيئة له، وللجن والملك مشيئته لا تعلم كزيد المفقود.

وفيها: إن قال أنت طالق إن شاء فلان، نظر ما يشاء فلان فإن مات قبل أن يشاء وقد علم بذلك أو لم يعلم أو كان ميتا قبل يمينه فلا شيء عليه.

اللخمي: إن قال أنت طالق إلا أن يشاء فلان.

قيل: الطلاق لازم؛ لأنه لا يرتفع بعد وقوعه.

وقال أَصْبَغ في المنتخبة: من قال أنت طالق إلا أن يمنعني أبي.

اللخمي: يريد: أن وقوع الطلاق لم يكن منه مرسلا؛ بل موقوفًا على مشيئة أبيه.

قُلتُ: مثله في نوازله.

ابن رُشْد: قياسه الأول صحيح لا قياسه الثاني أنه كقوله إن شاء أبي؛ لأن وقف الطلاق على مشيئة الأب صحيح ورفع مشيئة الأب الطلاق غير صحيح، ولا ينبغي جعل لفظ رفع المشيئة الطلاق بمعنى وقعا الطلاق على مشيئته؛ لأنه ضده إلا أن يدعي أنه نوى ذلك فينوي إن جاء مستفتيا، ولا يصح على أصولهم أن ينوي مع البتة فضلا عن أن يحمل يمينه عليه إذا لم تكن له نية، ووجه قول أَصْبَغ أنه لما كان قوله إلا أن يشاء إلا أن يمنعني لغوا لا أثر له في الطلاق حمل على إرادته به إن شاء أبي لعدم تفرقة العوام والجهال بين هذه الألفاظ، فهذا يشبه أن يفتي به الجاهل على أن من قوله في نوازله ليست الجهالة بأحسن حالا من العلم في الطلاق، فقوله بكل حال ضعيف وما ذكرناه من معنى لفظه هو أظهر محتملاته، ويحتمل أنه أراد امرأتي طالق لا ألزم نفسي ذلك إلا أن يشاء أبي، وإليه نحى أَصْبَغ بجعله كإن شاء أبي، ويحتمل وجها ثالثا، وهو أن يريد امرأتي طالق إن فعل فلان كذا، وإن لم يفعل فلان كذا وكذا، كمن حلف على غيره أن يفعل فعلا فيحال بينه وبين امرأته ويدخل عليه الإيلاء أو يتلوم له على الخلاف في ذلك، إن أراد الحالف أحد هذه الوجوه حملت عليه يمينه، وإن لم تكن له نيَّة فيختلف على أنها يحمل.

قُلتُ: قولها في النذور من قال على المشي إلى بيت الله إلا أن يبدو لي أو أرى خيرا من ذلك لا ينفعه استثناؤه.

الصقلي: وكذا في الطلاق والعتق.

قال إسماعيل القاضي ما رواه ابن القاسم في المشي إنما هو في قوله علي المشي إلا أن يشاء الله، ولا يشبه قوله إلا أن يبدو لي أو أرى خيرا من ذلك، واستحسنه بعض فقهائنا وقال: ما قوله إلا أن يبدو لي إلا كقوله إلا أن يشاء فلان، فكما لا يلزمه إلا أن يشاء فلان فكذا لا يلزمه إلا أن يشاء هو.

التونسي لم ينفعه استثناءه بقوله إلا أن يبدو لي؛ لأنه لم يضفه إلى فعل لم يقع؛ بل إلى وجوب شيء قد ألزمه نفسه فليس له ذلك كالقائل أنت طالق إلا أن يبدو لي، ولو قال أنت طالق إن شئت كان له ذلك.

قُلتُ: ففي لزوم الطلاق بقوله طالق إلا أن يشاء فلان ولا نيَّة له ووقفه على

مشيئته، ثالثها: ثالث وجوه ابن رُشْد لنقل اللخمي مع فهم ابن رُشْد المذهب، ومقتضى قول التونسي، ونقل الصقلي عن بعض الفقهاء مع مقتضى قول إسماعيل القاضي، وقول ابن رُشْد يختلف، وجعل ابن الحاجب الثاني الأشهر اتباع منه لقبول الصقلي قول بعض الفقهاء، وقوله: (بخلاف إلا أن يبدو لي على الأشهر) خلاف نص تسويته بينهما، ووجه تفرقته أن الرافع في إلا أن يبدو لي هو الموقع فكان منه تلاعبا، وفي إلا أن يشاء فلان غيره فأشبه كونه تفويضا، وقال ابن عبد السلام: الفرق أن قوله: (إلا أن يشاء زيد) يمين حمله على إن شاء زيد، وقوله: (إلا أن يبدو لي) لا يمكن رده للشرط؛ لأنه إخراج حالة مستقبلة بعد وقوع الطلاق لا يمكن تعلقه بالحال بوجه.

قُلتُ: فيلزم كونه في إلا أن يشاء كقوله إلا أن يشاء زيد لصحة حمل إلا أن شاء على إن شئت، والمنصوص في إن شئت عدم اللزوم وفي إلا أن أشاء اللزوم، ونصوص الروايات تسوية العتق والنذر والمبين بالطلاق في الاستثناء.

ابن شاس: في الفرق بين الطلاق واليمين بالله في الاستثناء للأصحاب طريقان:

لفظ الطلاق يوجبه فلا يرتفع بالاستثناء، واليمين بالله لا يتعلق بها حكم.

قول البغداديين تأخر الاستثناء عن الطلاق مع وقوعه بلفظ كاستثناء علق بماض فيسقط كسقوطه في تعلقه به في اليمين بالله.

المازري: تحقيقه إن أراد إن شاء الله إيقاع لفظي لزمه الطلاق عند أهل السنة، وإن أراد إن شاء لزوم الطلاق للحالف به لزمه قولًا واحدًا، وإن أراد إن شاء الله طلاقك في المستقبل فأنت طالق الآن جرى على الخلاف في تعليق الطلاق بمشكوك في وقوعه، وإليه أشار مالك بقوله علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته، وإن قصد التزام الطلاق مع الاستثناء فهو أشكل الوجوه، والحق فيه الرجوع إلى اختلاف الأصوليين هل لله تعالى في الفروع حكم مطلوب نحن غير عالمين به فيرجع إلى تعليقه بالمغيبات، أو ليس له حكم؛ بل كل مجتهد مصيب، فيكون الحق معلقًا باجتهاد المفتي.

قُلتُ: ما ذكره عن المازري ليس من التفريق في شيء؛ بل هو بحث في أعمال الاستثناء ولغوه، والأقرب في التفريق أن مدلول الطلاق حكم شرعي، فاستحال تعليقه لقدمه، ومدلول اليمين فعل أو كف عنه فصح تعليقه لحدوثه، والأولى طريقة

بعضهم الأصل لغو الاستثناء بمشيئة الله في غير المعلق ورد أعماله في اليمين بالله وبقي غيره على الأصل، وقول ابن الحاجب فرق بأمرين:

أحدهما: أن لفظ الطلاق بمجرده حكم شاءه الله فلا يقبل التعليق عليها لتحققها فلا يرتفع بخلاف اليمين.

والثاني: أنه متحقق فكان كاليمين على الماضي.

قُلتُ: هو الأول في لفظ ابن شاس، ولفظه بين في مغايرة الأول الثاني، ولفظ ابن الحاجب غير بين فيها، وتعقبه ابن عبد السلام بأن سببية لفظ الطلاق في حل العصمة إن لم تقبل التعليق بوجه وجب أن لا تقبله في مشيئة زيد في أنت طالق إن شاء زيد إلى غيره من التعاليق، وهو خلاف الاتفاق، وإن قبلته في مشيئة زيد قبلته في مشيئة الله فيعود السؤال، وأيضًا فقوله لفظ الطلاق وبمجرده حكم شاءه الله إن أراد شاء الله حكمه فصحيح، لكن لم قال أنه حكم بأنه لا يقبل التعليق، هذا لم ينص الشرع عليه ولا أومأ إليه، وإن أراد كل ما حكم إليه فقد شاءه فليس بصحيح على قول أهل السنة؛ لأن الأمر عندهم لا يستلزم الإرادة.

قُلتُ: قوله: (لفظ الطلاق فيه إن لم يقبل التعليق على مشيئة الله وجب أن لا تقبله على مشيئة الآدمي) دعوى اعتقدها باعتقاده اتحاد حالة مدلول أنت طالق إن شاء الله أو ما شاء فلان، وليس الأمر كذلك؛ لأن قوله أنت طالق فيهما تارة يكون ابتداء صدوره غير مقيد بحيث لو لم يأت بلفظ بعده لزمن وتارة يكون على إرادة التقييد بالشرط بحيث لو لم يأت بالشرط لم يلزمه شيء كما مر من قولها لو أخذ ليحلف، فلما قال طالق ثلاثا بدا له فلا شيء عليه، فالأول: هو محل النزاع المطلوب فيه الفرق بينه وبين اليمين بالله تصدر بحيثيته، وأما الثاني: فواضح تعليقه، وقد قسمه المازري حسبما مر، فقوله لو لم يقبل التعليق بمشيئة الله لم يقبله بمشيئة آدمي إن أراد ذلك في أنت طالق بالحيثية الأولى سلمنا الملازمة ومنعنا بطلان اللزوم، ودعواه بطلانه اتفاقًا ليس كذلك إنما هو باطل اتفاقًا في إطلاقه بالحيثية الثانية، وإن أراد ذلك في إطلاقه بالحيثية الثانية سلمناه، وليس هو محل النزاع، وقوله في تعقبه بعد قوله: "وأيضًا إن أراد شاء الله حكمه فصحيح، لكن لم قال أنه حكم بأنه لا يقبل التعليق هذا لم ينص الشرع عليه" يرد

بأنه لا يلزم من عدم دليل النص عدم دليل العقل، وهو كون الحكم الشرعي قديما يمنع تعليقه بعد تقرره بمقتضيه، وفرق بين تعليقه بعد تقرره وتعليق تقرره الأول مستحيل والثاني جائز، وعليه صحت التعاليق مطلقًا، وهذا بناء منه على أن معنى قول المؤلف شاءه الله شاء الحكم حسبما صرح به في قوله: إن أراد شاء حكم الله حكمه فصحيح، وهو نص منه بصحة تعلق إرادة الله لحكمه وليس كذلك؛ لأن الحكم قديم وكل مراد حادث؛ بل معنى كلام المؤلف لفظ الطلاق بمجرده شاء الله؛ أي: شاء الله لفظ الطلاق، والضمير الفاعل في قوله فلا يقبل التعليق عائد على مفهوم من السياق، وهو الحكم بالطلاق أي شاء الله لفظ الطلاق فلزم تقرر الحكم بالطلاق عملا بصيغته فلا يقبل الحكم بالطلاق بعد تقرره التعليق؛ أي: لقدم الحكم، وقوله: (بخلاف اليمين بالله)؛أي: فيقبل التعليق؛ لأن المقصود من مدلول لفظ اليمين فعل أو كف وكلاهما حادث، وبما قررناه تتضح المغايرة بين وجهي التفريق، ولو علق معلقًا على أمر بمشيئة الله تعالى ففي لغو استثنائه مطلقًا أو ما لم يرد للمعلق عليه قولان للمشهور وابن الماجِشُون مع أَصْبَغ وابن حبيب والشيخ عن أشهب، وصوبه غير واحد.

قال ابن رُشْد: أصح القولين إعماله؛ لأنه إذا صرفه للفعل فقد بر فلم يلزمه طلاق؛ لأنه علقه بصفة لا توجد وهو أن يفعل الفعل والله لا يشاؤه، وذلك باطل إلا على مذهب القدرية مجوس هذه الأمة، فعلى ابن القاسم في قوله دركٌ عظيم.

قُلتُ: هذه المسألة فرع بالنسبة لمسألة الاستثناء في اليمين بالله؛ لأنه فيها متفق عليه، وفي هذه مختلف فيه، ورده للفعل في هذه المسألة يحتمل تفسيره بأن تعلق مشيئة الله بالفعل يوجب تعلق الحلف به، أو بأن تعلقها به يمنع تعلق الحلف به، فابن رُشْد بناه على الثاني فلزم ما ألزم، ولقائل أن يقول مجيبا عن ابن القاسم بأنه على المعنى الأول، وحينئذ ينعكس الأمر في جري قول ابن القاسم على مذهب أهل السنة وقول غيره على مذهب القدرية.

فإن قلت: الاستثناء في اليمين بالله هو الأصل، وهو فيها على المعنى الثاني لا الأول.

قُلتُ: بل على الأول وهو تقييد المحلوف عليه بأنه إن شاءه الله، سلمناه، إنما كان

في اليمين بالله على الثاني؛ لأن حمله على الأول مناف لنص حكم الشرع فيه أنه يرفع مقتضى اليمين، فوجب حمله على الثاني لموافقته مقتضى النص فيه بخلاف حمله على الأول في الطلاق المعلق هو فيه حمل اللفظ على ظاهره مع السلامة عن معارضة نص فيه، أما أنه حمل اللفظ على ظاهره فبيانه أن قوله أنت طالق إن قمت إن شاء الله قيامي، أنه شرط تعقب شرطا قبله على أنه متعلق به، والقاعدة أن الشرط إذا تعقب فعلا مسندا أن يؤثر في وقف إسناده على الشرط لا أن يؤثر في وقف نقيض الإسناد المذكور، كقوله اضرب أربعين جلدة، هذا إن كان قذف حرًا عفيفًا إن كان عبدًا، فقوله إن كان عبدًا مؤثر في إسناد ضرب أربعين بمعنى وقفه على الشرط الأخير، وهو إن كان عبدًا وحمله على تأثير الشرط في نقيض الإسناد، وهو عدم ضرب المذكور حمل له على غير مدلوله لا يصح إلا لمعارض شرعي كما في اليمين بالله فتأمله.

ابن رُشْد: إن لم تكن له نيَّة في صرفه للفعل أو للطلاق فلا أعلم فيه نص رواية، والنظر عندي كونه مصروفًا للفعل إن قصد به حل اليمين، ولم يكن لهجا دون قصد الاستثناء؛ لأن صرفه للطلاق لغو لا معنى له، وصرفه للفعل له معنى له صحيح، وحمل اللفظ على وجه له معنى أولى من حمله على ما لا معنى له.

القرافي: من الأحكام ما جعل الشارع لها أسبابه بيد المكلف كالطلاق جعل للمكلف فيه سببًا من قول أو فعل، فقوله هي طالق إن فعل كذا فقط جعل منه للفعل مطلقًا سببا فيه، فإن زاد إن شاء الله فهو نزوع منه عن جعله مطلقًا سببًا؛ بل فوض كونه سببا لله، وهذا هو قول عبد الملك في رد الاستثناء للفعل، وعلى هذا التقدير لا يكون الفعل سببًا فلا يلزم به شيء إجماعًا، ولا يكون هذا خلافًا لابن القاسم مع أن صاحب المقدمات حكاه خلافا، وقال: الحق عدم اللزوم كاليمين بالله إذا رد الاستثناء للفعل، وهذا يشعر أن ابن القاسم يوافق في اليمين بالله ويخالف في الطلاق فيكون هذا إشكالا، وإن حمل قول عبد الملك على ما ذكرته فلا إشكال ويصير المدرك مجمعا عليه وإلا فلا تعقل المسألة ولا يصير لها حقيقة.

قُلتُ: من تأمل ما قدمناه من توجيه القولين بأن له سقوط هذا الكلام، ومخالفته لفهم الأشياخ في حمل المسألة على الخلاف حسبما مر للشيخ كغيره.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال لامرأته: إن فعلت كذا إلا أن يقدر فأنت طالق؛ إن فعله فهي طالق.

ابن رُشْد: لأشهب في المجموعة لا شيء عليه وهو مقتضى النظر؛ لأن قدر الله وقضائه ومشيئته هي إرادته، فلا فرق بين الاستثناء بقدر الله وقضائه ومشيئته، وابن القاسم فرق بين ذلك ولم يره بقضاء الله، ولا في إرادته عاملا بين اليمين بالله كما مر في سماع عيسى في النذور وعليه يأتي قوله هنا، ولو قال إن فعلت كذا إلا أن يشاء الله فامرأته طالق نفعه استثناؤه عند الجميع لنصه على رد الاستثناء للفعل بذكره عقبه قبل الطلاق، وما روى عن ابن القاسم من الاستثناء بمشيئته الله في اليمين بالطلاق غير عامل، وإن رده للفعل معناه إذا ادعى ذلك وعليه بينة فلا يصدق في ذلك خلافًا لابن الماجِشُون.

وقال ابن دحون: لو قال إن فعلت كذا إلا أن يشاء الله فأنت طالق ففعله؛ كان حانثا على قياس هذه الرواية؛ لأنه لا يفعل فعلا إلا بقدر الله ومشيئته، فذكر ذلك لغو لا ينفعه، ووجه ما ذهب إليه أن هذا هو الأصل فخصت السنة من ذلك الاستثناء.

قُلتُ: نصه في المقدمات على اختلاف قولي ابن القاسم وابن الماجِشُون مع ذكره دليل ترجيحه، وقوله في هذا السماع أنه لا يخالف فيه ابن القاسم إلا مع البينة لعدم تصديقه حيث كونه غير نص في رده للفعل متنافيان، ففي اتفاقهما في قوله أنت طالق إن فعلت كذا إن شاء الله مع دعواه رد الاستثناء للفعل على عدم حنثه، واختلافهما فيه، ثالثها: هذا إن قامت عليه بينة للقرافي، والأكثر مع المقدمات والبيان.

وفي عتقها الأول إن قال لامرأته أنت طالق إن أكلت معي شهرًا إلا أن أرى غير ذلك فقعدت بعد ذلك لتأكل معه فنهاها ثم أذن لها فأكلت، إن كان ذلك مراده ورأى ذلك فلا شيء عليه، ولو علقه على واضح نقيضه مؤخرًا عنه كأن لم يكن هذا الإنسان إنسانا فأنت طالق فلا شيء عليه ومقدمًا عليه.

قال ابن الحاجب: حانث كانت طالق أمس.

قُلتُ: الأظهر أنه كإن شاء هذا الحجر، وتقدم نقل اللخمي في أنت طالق أن هذا العمود، ولابن محرز في أنت طالق أمس لا شيء عليه، وتقدم في السريجية نقل الشيخ

تقييد الطلاق بالماضي كإطلاقه.

اللخمي: لو قال أنت طالق ثلاثًا أنت طالق ثلاثا إن فعلت كذا، ففي لغو تعليقه بجعله نادما وإعماله بعد حلفه على تعليقه قولا مالك وابن القاسم.

قُلتُ: نصها في سماع ابن القاسم من قالت له امرأته وعنده شهود ائذن لي أن أذهب لأهلي، فقال: أنت طالق البتة أنت طالق البتة أنت طالق البتة إن أذنت لك قد طلقت عليه، فقال: إنما أردت أن أسمعها وأردد اليمين ولم أقطع كلامي، فقال مالك: ما أظنها إلا بانت منه وقد ألبس، وفيه ما ترى من الإشكال وما هو باليمين.

ابن القاسم: يحلف ما أراد إلا أن يفهمها والقول قوله ولا حنث عليه.

ابن رُشْد: الواجب على المشهور من رعي البساط أن لا يلزمه طلاق ولا حلف؛ لأن سؤالها الإذن لأهلها دليل على صدقه لا تبتيل الطلاق، ولو سألته تبتيله فقال ذلك اللفظ بعينه بانت منه بالثلاث قولًا واحدًا، وإنما يصح هذا الاختلاف على القول بلغو البساط، ووقعت هذه المسألة في رسم سلف من سماع عيسى معراة من البساط، وقال مالك وابن القاسم فيها مثل ما تقدم لهما، وعلى مذهبه في المدَوَّنة لا يمين عليه.

قال فيها: من قال: أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار أنه ينوي إن دخلها في أنه إنما أراد واحدة فلم ير عليه طلاقًا إلا أن يدخل الدار، وهو على أصله فيها على من أقر بنفقة لرجل، وقال البناء له أو بخاتم، وقال الفص له قبل قوله إن كان كلامه نسقا، ولأَصْبَغ عنه في كتاب المديان من قال لفلان علي ألف دينار وعلى فلان وفلان أنها كلها عليه، وإن كان كلامه نسقا بخلاف قوله لفلان علي وعلى فلان وفلان ألف دينار، وخالفه أَصْبَغ فلم ير عليه إلا ثلث الألف إن كلام متتابعًا، فرواية أَصْبَغ هذه عنه على قياس قول مالك في مسألة الطلاق، وقوله على قياس قول ابن القاسم في المدَوَّنة وإيجاب ابن القاسم اليمين عليه استحسان لرعي الخلاف، وهو أصوب الأقوال عند عدم البساط، وقول ابن الحاجب إن علقه على ما لا يعلم حالًا، وما لا طلقت كقول ابن رُشْد في مسألة الشك منه ما يتفق على جبره كالطلاق كقوله امرأتي طالق إن كان أمس كذا وكذا؛ لشيء يمكن أن يكون وأن لا يكون ولا طريق لاستعلامه، وقول ابن عبد السلام: "لا يبعد تخريجه على الخلاف في المعلق على مشيئة

الملائكة والجن" فيه نظر؛ لأن الأرجح في مشيئتهما العدم، والمخرج الفرض فيه تسوية الأمرين.

وسمع يحيى ابن القاسم: من قال امرأته طالق إن لم يكن فلان يعرف هذا الحق لحق يدعيه، فقال المدعى عليه: امرأته طالق إن كان يعرف له فيه حقًا؛ دينًا جميعًا، ولا حنث على واحد منهما.

ابن رُشْد: مثله في الأيمان بالطلاق منها والعتق الأول منها ولم ذكر يمينًا، وروى محمد السبائي أنهما يدينان ولا يحلفان، ولعيسى عن ابن القاسم يدينان ويحلفان، ومثله في سماع أشهب في نحو المسألة، وهذا الاختلاف إنما هو إن طولب بحكم الطلاق، وهو على الخلاف في يمين التهمة، وإن أتيا مستفتيين فلا وجه لليمين.

وفي اختصار المبسوطة لابن رُشْد سئل مالك عمن نازع رجلًا فقال: أنت.

قُلتُ: كذا وكذا فينكر الآخر، فيقول الأول يميني في يمينك بالطلاق البتة إن لم يكن ما أقول حقًا، وقال الآخر: طلقت امرأته ثلاثًا إن كان ما يذكر حقًا، فقال مالك: الأول حانث قد طلقت امرأته البتة، وقال ابن نافع: إن حلف الأول على ما استيقن فلا حنث عليه، وفي الأيمان بالطلاق منها: من قال لرجل امرأته طالق لقد قلت لي كذا وكذا، فقال الآخر: امرأته طالق إن كنت قلته فليدينا ويتركا إن ادعيًا يقينًا، وفي عتقها الأول إن كان عبد بين رجلين، فقال أحدهما إن كان دخل المسجد أمس فهو حرٌّ، وقال الآخر إن لم يكن دخل المسجد أمس فهو حر، إن ادعيا علم ما حلفا عليه دينا في ذلك، وإن قالا ما نوقن أدخل أم لا وإنما حلفنا ظنا فليعتقاه بغير قضاء، وقال غيره يجبران على عتقه، فعبر الصقلي عن الغير بأشهب، ونقلها التونسي بلفظ حلفا على الشك بدل حلفا ظنا، ولفظها في الأم قال: إن ادعيا علم ما حلفا عليه دينا، وإن لم يدعيا علم ما حلفا عليه ويزعمان أنهما حلفا على الظن، فإنه ينبغي أن يعتق عليهما؛ لأنهما لا ينبغي لهما أن يسترقاه بالشك.

ابن القاسم: لا يقضى عليهما بذلك.

سَحنون: وقال غيره يجبران على ذلك، وقول ابن عبد السلام عكس بعضهم النقل، وأتى بها ظاهرة أنه جعل القولين في جزم كل واحد منهما بصحة ما حلف عليه،

وإن لم يجزما لزمهما الطلاق، وأجمل بعضهم النقل وأتى بما يدل على الخلاف في المسألة من حيث الجملة.

قُلتُ: ما حكاه من عكس النقل لا أعرفه، وإجمال النقل هو ظاهر سماع يحيي.

وفيها: من أقر بفعل كذا ثم حلف بالطلاق ما فعله صدق مع يمينه، ولا يحنث، ولو أقر بعد يمينه أنه قد فعله ثم قال: كنت كاذبا لم ينفعه، ولزمه الطلاق بالقضاء.

قُلتُ: مثله في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب النكاح، وفيه من شهد عليه قوم بحق أو فعل شيء ينكره فحلف بعد شهادتهم بالطلاق أنهم شهدوا عليه بزور حلف أنهم كاذبون ودين، فإن أقر بعد ذلك بتصديقهم أو شهد آخرون بصدق شهادة الأولين حنث في يمينه، وكذا لو حلف بالطلاق إن كان لفلان عليه كذا وكذا، وإن كان كلم فلانا اليوم فشهد عليه عدول بالحق أو بالكلام فقد حنث.

ابن رُشْد: أصل هذه المسائل في الأيمان بالطلاق منها، وتكررت في سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: ولا خلاف في شيء منها، والفرق بين أن يتقدم اليمين على ما يناقضه هو أن اليمين إذا تقدم فقد لزم حكمه، ووجب أن لا يصدق في إبطاله، وإذا تقدم الفعل ببينة أو إقرار لم يثبت لليمين بتكذيب ذلك حكم إذا لم يقصد الحالف إلى إيجاب حكم الطلاق الذي حكم به على نفسه إنما قصد تحقيق نفي ذلك الفعل.

قُلتُ: الأصل أن ثاني المتنافين ناسخ لأولهما فيما فيه النسخ ورافع له في غيره، فإن تقدم الحلف كان ما بعده رافعًا لمدلول ما حلف عليه فكان إقرار بالحنث، وإن تأخر كان رافعًا ما قبله فلا حنث.

اللخمي: قال في الموازيَّة إن قيل له: فلان وفلان يشهد عليك بكذا فحلف بالطلاق أن لا شيء عنده من ذلك ثم شهد عليه لم يحنث، وقال مالك: من شهد عليه شاهدان بريح خمر فحلف بالطلاق ما شرب خمرًا حد ودين في يمينه، ولا تطلق عليه.

قُلتُ: ظاهره دون يمين ولا ينقض فرع الموازيَّة ما ذكرناه من الفرق؛ لأن حلفه فيه في حكم المتأخر عن الشهادة؛ لأنه أتى به ردا لها لما أخبر بها.

وفيها: لو لم تشهد البينة على إقراره بعد اليمين، وعلم أنه كاذب في إقراره بعد يمينه حل له المقام عليها بينه وبين الله، ولم يسع امرأته المقام معه إن سمعت إقراره هذا

إلا ألا تجد بينة ولا سلطانا، فهي كمن طلقت ثلاثا ولا بينة لها.

قال فيها مالك: لا تتزين له ولا يرى لها شعرًا، ولا وجها إن قدرت، ولا يأتيها إلا وهي مكرهة، أحسن من قوله في المدَوَّنة إلا كارهة إذ لا تنفعها كراهتها لإتيانه لها، إنما ينفعها أن تكون مكرهة.

قُلتُ: قوله: (أحسن من قوله في المدَوَّنة) صوابه في التهذيب: إذ هو لفظه لا لفظ المدَوَّنة، إذ لفظها وهي كارهة ولا تطاوعه، فالمتعقب إنما هو اختصار البرادعي على كارهة لا لفظ المدَوَّنة لزيادتها ولا تطاوعه.

ابن محرز: إنما منعه من رؤية وجهها لقصد اللذة كالأجنبي لا لغير اللذة إذ وجه المرأة عند مالك وغيره ليس عورة، قد قال في الظهار، وقد يرى غيره وجهها.

محمد: ولتفتد منه بما قدرت ولو بشعر رأسها، وتقتله إن خفي لها كغاصب المال؛ يريد: مثل العادي والمحارب، وقال سَحنون: لا يحل لها قتله ولا قتل نفسها، أكثر ما عليها الامتناع وأن لا يأتيها إلا مكرهة.

ابن محرز: هذا الصواب.

ابن بشير: اختلف هل يباح لها قتله إن أمكنها وخفي لها، فقيل لها ذلك وأراه من باب تغيير المنكر، وقيل: لا ورآه من باب إقامة الحدود، ويحتمل أن يتخرجا على الخلاف في تغيير المنكر هل يفتقر إلى إذن أم لا، وقاس محمد قتله على المحارب، وأنكره ابن محرز بأن من طلب أخذ ماله مخير في التسليم والمحاربة، والمرأة لا يجوز لها التسليم ولا سبيل لها إلى القتل؛ لأنه قبل الوطء لم يستحق القتل بوجه وبعده صار حدًا والحد ليس لها إقامته، والجواب أنه من تغيير المنكر بمدافعته، فإن لم يندفع إلا بقتله قتلته.

قُلتُ: تفريق ابن محرز بأن المغصوب مخير بخلاف المرأة ينتج كون القياس أحرويا في القتل، والصواب: إن أمنت من قتل نفسها إن قتلته أو حاولت قتله، ولم تقدر على دفعه إلا بقتله وجب عليها قتله لا إباحته، وإن لم تأمن قتل نفسها في مدافعته بالقتل أو بعد قتله فهي في سعة، وكذا من رأى فاسقًا يحاول فعل ذلك بغيره، وفي جهادها إن نزل قوم بآخرين يريدون أموالهم وأنفسهم وحريمهم ناشدوهم الله فإن أبوا فالسيف.

ولو علق على مغيب حالًا يعلم مآلا كإن كنت حاملًا أو كإن لم تكوني حاملًا ففيها

طالق مكانها.

اللخمي: في ذا الأصل في الواضحة لا يقع إلا بحكم، يؤخر للمآل، وقاله أَصْبَغ في إن كنت وبالأول في إن لم تكوني؛ لأنه على حنث، وصوب اللخمي الثالث وخص الخلاف بكون قوله في طهر مس فيه وأنزل، وإلا لم تطلق في إن كنت، وطلقت في إن لم تكوني.

قُلتُ: فيه - على المشهور أن الحامل تحيض - نظر، وحكى ابن شاس: في إن كنت عن السيوري إن كانت بينة الحمل فبين أنها تطلق، وإن كان يطأ ولا ينزل أو ينزل ويعزل عزلا بينا فلا شيء عليه، وإلا وقف؛ لأن الحمل مشكوك فيه، وإن كانت ممن لا يمكن أن تحمل فلا شيء عليه، وفي إن لم تكوني إن كان وطء وأنزل جرى على القولين في التعجيل والوقف وإلا عجل.

قُلتُ: مقتضى جعله قول السيوري خلافا كون تقييد اللخمي كذلك، وحكى ابن حارث عن ابن نافع كقول أشهب.

اللخمي: في توارثهما، ثالثها: ترثه ولا يرثها لسَحنون فقيده ببيان بره، وإلا لم ترثه وبكون يمينه بالثلاث.

قال: وعليه محمل قول مالك فيها: ولو كانت يمينه بدونها توارثا اتفاقًا.

فيها: في أنت طالق إن لم يكن في بطنك غلام لابن القاسم تطلق عليه كقوله إن لم تمطر السماء غدًا.

ابن حارث عن سَحنون: ينتظر وضعها إذ لم يقصد أن ما في بطنها غلام كقصد القائل إن لم تمطر السماء غدًا أنها تمطر بكل حال.

الشيخ لابن سَحنون عنه: من قال لزوجته إن كان حملك جارية فأنت طالق واحدة، وإن كان غلامًا فطلقتان فولدتهما، إن ولدت الغلام أولا لزمه طلقتان، وتنقضي العدة بوضع الجارية، ولا يوجب طلاقا، وعكسه تلزمه بوضع الجارية طلقة فقط، وبوضع الغلام تنقضي العدة.

ولو قال في وعاء: إن كان فيه حنطة فامرأته طالق، وإن كان فيه تمر فعبده حر، فكانا فيه حنثا فيهما؛ لأن الحنث عندنا بالأقل، ولو قال: إن كان كل ما فيه، أو قال إن

كان كل حملك غلامًا أو كله جارية، فكان في الوعاء الأمران، وفي الحمل الصنفان فلا شيء عليه، كقوله إن هدمت هذه البئر كلها فلا شيء عليه فهدم بعضها.

قُلتُ: مر في الأيمان في هذا خلاف.

ولو قال إن كنت تبغضيني فأنت طالق، فقالت نعم أولا ونحوه أمر بفراقها، وفي جبره، ثالثها: إن قالت: نعم لعياض عن طرق الأشياخ، وعزا الثالث لابن القاسم أيضًا ولرواية الواضحة: لا يقضى عليه، ولأَصْبَغ يقضى عليه، وقول ابن الحاجب، ورابعها: إن صدقها حنث يقتضي الخلاف فيه، وهو بعيد، ولابن عبد السلام كابن شاس عن عبد الحميد: إن قصد نفس لفظها فلا طلاق عليه إن أجابته بما لا يقتضيه، وإن علقه بما في قلبها فهو من وقوع الطلاق بالشك.

قُلتُ: وفي المجموعة نحوه قال اللخمي في كتاب العتق عن المجموعة، قوله: أنت حرة إن كنت تحبيني، فقالت: أنا أبغضك أشد؛ لأنها لو كانت تبغضه ما. قالت: ما يكره ولحبها إياه لم تذكر محبتها إياه خوف الخروج من يده، وكذلك هذا في الطلاق.

قال: إلا أن يقول نويت ما تعلميني من ذلك فله ذلك مع يمينه.

وقد يكون للسياق، في إرخاء الستور منها: من خالع امرأته، ثم ظاهر منها في عدتها أو آلا لزمه الإيلاء لا الظهار إلا أن يقول إن تزوجتك أو يجري قبل ذلك ما يدل عليه فيلزمه إن تزوجها، كمن خالع إحدى امرأتيه فقالت له الأخرى ستراجعها، فقال لها هي طالق أبدًا ولا نيَّة له.

قُلتُ: وكثير ما يقع شبهه فيمن يقال له تزوج فلانة فيقول هي عليه حرام، أو يسمع حين الخطبة عن المخطوبة أو عن بعض قرابتها ما يكرهه فيقول ذلك، فكان بعض المفتين يحمله على التعليق فيلزمه التحريم محتجا بمسألة المدَوَّنة، وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من دلالة السياق على التعليق في الطلاق كونه كذلك في التحريم؛ لأن الطلاق لا يعلقه عامي ولا غيره في غير زوجة، فكونه كذلك مع السياق ناهض في الدلالة على التعليق والتحريم يعقله العوام في غير الزوجة، ولهذا يحرمون الطعام وغيره، وأرى أن يستفهم القائل هل أراد بقوله معنى تحريمه طعامًا أو ثوبًا أو أنها صيرها كأخته وخالته أو معنى أنها طالق، فإن أراد الأول لم يلزمه شيء، وإن أراد الأخير لزمه التحريم، وكذا

إن لم يبن منه شيء إذ لا تباح الفروج بالشك.

وتعليق التعليق تعليق على مجموع الأمرين كإن دخلت الدار فأنت طالق إن كانت لزيد، لا يحنث إلا بدخولها مع كونها لزيد، ولو على التحنيث بالأقل اعتبارًا بالتعليق، وعلى هذا الأصل اختلاف مذكور في إيلائها، وفي كون الحلف على التعليق حلفا عليه فيخير إن وقع المعلق عليه بين حنث اليمين وحنث التعليق أو تأكيد التعليق فيتنجز بالمعلق عليه حنث التعليق قولا أكثر المتأخرين وأقلهم، لابن سهل عن ابن زَرْب من قال لزوجته: الأيمان له لازمة إن دخلت دار فلان إن كنت له بزوجة فدخلها ثم بارأها.

قال ابن دحون: تحير فيها أهل بلدنا فقال القاضي قد بر بمبارأتها، وله أن يتزوجها ولا حنث عليه كمن قال لزوجته: أنت طالق إن لم أطلقك، فقال له أبو الأَصْبَغ الحشي وغيره ليست مثلها؛ لأنه قال: لا كانت لي بزوجة فمتى ردها صارت له زوجة ولزمه الحنث، فقال القاضي: هي عندي مثلها إلا أن ينوي لا كانت بزوجة أبدا، فإن نواه لزمه الحنث متى تزوجها، وقال بعض أهل المجلس: أفتى فيها بعض فقهاء بلدنا بطلاق الثلاث وأن المبارأة لا تنفعه ولا يجوز له أن يتزوجها بعد زوج، وقال ابن محسن: نزلت بقرطبة، وكتب بها لابن أبي زيد فقيه القيروان فأفتى بفتيا القاضي منذ أربعة أعوام ونحوها.

قُلتُ: جواب القاضي عن إيراد ابن الحشاء لغو؛ لأنه تكرير لعين دعواه أولا، ولو قال: لأن الفعل في سياق النفي لا يعم لكان جوابًا، وهو مذهب الغزالي، وقول ابن الحشى على تعميمه، وهو اختيار ابن التلمساني، وهو مقتضى مسائل المذهب في الأيمان.

فإن قلت: فتوى الشيخ: بأن المبارأة كافية، ولا تلزمه الثلاث خلاف متقدم فتواه في إن فعلت كذا فلست لي بامرأة أنها ثلاث.

قُلتُ: الفرق أن قوله إن كنت لي بزوجة حلف على تحصيله مسمى عدم الزوجية، وهو قادر على تحصيله بالمبارأة، وقوله: (إن فعلت كذا فلست لي امرأة) التزام لحصول مسمى لست لي بامرأة، وحصوله بنفس وجود متعلق عليه يوجب البينونة حينئذ، ولا

بينونة فيمن لم تخالع إلا بالثلاث على المشهور، والفرق بينهما كالفرق بين قوله إن فعلت كذا فأنت طالق طلقة بائنة، وبين قوله أنت طالق ثلاثا إن لم أطلقك طلقة بائنة لا تتقدر بينونة الأولى إلا بالثلاث، ويكفي في بينونة الثانية المبارأة.

وفي نوازل ابن الحاج: من قال لامرأته والله الذي لا إله إلا هو إن شاررت أمي وخرجت من الدار إن خرجت إلا كخروجها، فشاررتها وخرجت الأم لا يلزمه إلا كفارة يمين، بهذا أفتى أصحابنا وخالفهم الفقيه القاضي أبو عبد الله بن حمدين، وأرى أنها طالق ثلاثا وقضى به على الحالف، ولما ذكر ابن رُشْد ما نقلناه عنه في مسألة القائل إن كان كذا فلست لي بامرأة.

قال كان بعض الناس يفتي من هذه المسألة في نازلة تنزل كثيرًا، وهو قول الرجل لامرأته بالله إن فعلت كذا إن كنت لي بامرأة، ولا يراعى عقد يمينه، ويقول إنما معنى ذلك أنه حلف أنه قد طلقها وذلك لا يصح؛ لأنها يمين منعقدة يصح فيها البر والحنث، ومعناها والله أو علي المشي إن فعلت كذا وكذا لأطلقنك طلاقا لا تكونين به بامرأة فيبر في يمينه بأن يباريها بطلقة تملك بها نفسها.

على مقدر بإن ونحوها ظاهر في تعليقه لا في بته ولا محتمل لهما خلافا لابن رُشْد وسماع القرينين في التخيير من قالت لزوج ابنتها إنك مع ابنتي على حرام، فقال: لا، فقالت: بلى، فلما أكثرت عليه قال: إن كان ما تقولين حقا فشدي يديك بها إلى آخر قوله، فإن نكل طلقت البتة.

ابن رُشْد: لأن النيَّة التي ادعاها محتملة، فإن نكل طلقت ثلاثا؛ لأن قوله شدي بها يديك إلى آخر كقوله رددتها إليك أو وهبتها لك وذلك يوجب البتات.

بعصمة لا يرتفع إلا ببتها بالثلاث لا بطلاقها وتزويجها غيره.

فيها: إن حلف بطلاقها إن أكلت هذا الرغيف فأكلته أو بعضه بعد أن تزوجها بعد طلاقه إياها وزواجها غيره حنث ما بقي من طلاق ملك حلفه شيء، فإذا تم لم يحنث بما أكلت عنده في الملك، وذكر ابن حارث إثر نقله نصها لابن القاسم وروى البرقي عن أشهب: لا يحنث إذا فعلت ذلك بعدما تزوجها، وشهدت أبا جعفر أحمد بن نصر يفتي بمذهب أشهب.

وتقييد المعلق عليه بما الظاهر كونه طرديا لغو إلا أن يقصد بالنيَّة فيعتبر.

فيها: من قال أنت طالق يوم أدخل دار فلان فدخلها ليلا أو حلف على الليل فدخلها نهارًا حنث إلا أن ينوي نهارًا دون ليل أو ليلا دون نهار فينوى.

قُلتُ: ظاهره دون يمين وتجري على التهمة.

والشك في الطلاق: سمع فيه من كتاب العدة عيسى ابن القاسم: من شك في طلاق امرأته لم يقض به عليه وذلك إليه.

ابن رُشْد: الشك فيه على خمسة أقسام: منه ما يتفق على أنه لا يؤمر به ولا يجبر، مثل حلفه على رجل لا فعل فعلًا، ثم يقول لعله فعله دون سبب يوجب شكه فيه، ومنه ما يتفق على أنه يؤمر به ولا يجبر مثل حلفه أن لا يفعل فعلا، ثم يشك هل حنث أم لا؟ لسبب يدخل عليه الشك، ومنه ما يتفق على أنه لا يجبر ويختلف هل يؤمر أو لا مثل أن يشك هل طلق امرأته أم لا؟ ويشك هل حنث في يمينه فيها، فقال ابن القاسم يؤمر ولا يجبر، وهو قوله في هذه الرواية، وقال أَصْبَغ: لا يؤمر ولا يجبر، ومنه ما يختلف فيه هل يجبر أو لا؟ مثل أن يطلق فلا يدري طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا، أو يحلف ويحنث ولا يدري أكان حلف بطلاق أو مشي، أو يقول امرأتي طالق إن كان فلانة حائضًا، فتقول لست بحائض، وإن كان فلان يبغضني فيقول أنا أحبك، وإن لم يخبرني بالصدق فيخبره ويزعم أنه صدقه ولا يدري حقيقة ذلك، والخلاف في المسألة الأولى من قول ابن القاسم ومن قول ابن الماجِشُون، وفي الثانية من قول ابن القاسم وأَصْبَغ، ومنه ما يتفق على أنه يجبر مثل قوله: امرأتي طالق إن كان أمس كذا لشيء يمكن أن يكون وأن لا يكون ولا طريق لاستعلامه، ومثل أن يشك أي امرأتيه طلق.

قُلتُ: انظر ما الفرق بين الأول والثالث، ولا فرق بينهما في الحقيقة بينهما إلا أن يحمل الأول على احتمال الطلاق مع رجحان عدمه،والثاني مع تساويه؛ فيكون قد جعل الوهم من أقسام الشك، والمعروف أنه قسيمه، وللخمي عن ابن حبيب عن ابن القاسم: من شك في طلاق امرأته ابتداء يقول لا أدري حلفت فحنثت أم لا، أو يحلف بطلاق امرأته لا تخرج لم يشك هل خرجت، أو لا كلم فلانا ثم يشك هل كلمه؛ هذا لا يؤمر بالفراق بقضاء ولا فتيا.

قُلتُ: هذا خلاف نقل ابن رُشْد عن ابن القاسم في القسم الثالث.

قال اللخمي: ويختلف إذا شك هل طلق أم لا؟

فعلى وجوب وضوء من أيقن بالوضوء وشك في الحدث يحرم عليه هنا، وعلى استحباب وضوئه يستحب فراقه في تحريمه الوجوب نظر؛ لأن الوضوء أيسر من الطلاق، ولأن أسباب نقض الوضوء متكررة غالبة بخلاف أسباب الطلاق، ولما حكى ابن عبد السلام التفريق بمشقة الطلاق دون الوضوء.

قال: ما أشار إليه في المدَوَّنة من الفرق أحسن، وذلك أنه جعل الشك في الحدث من الشك في الشرط، والشك في الشرط شك في المشروط، وذلك مانع من الدخول في الصلاة، والشك في الطلاق شك في حصول مانع من استصحاب العصمة، والشك في المانع لا يوجب التوقف بوجه، والنكتة أن المشكوك فيه مطرح، فالشك في حصول الشرط يوجب طرح الشرط وذلك يمنع الإقدام على المشروط، والشك في المانع يوجب طرحه وذلك موجب للتمادي.

قُلتُ: من تأمل وأنصف علم أن الشك في الحدث شك في مانع لا في شرط، لكنه في مانع لأمر هو شرط في غيره.

والمعروف أن الشك في المانع لغو مطلقًا، ويؤيده قوله النكتة أن المشكوك فيه مطرح، والمشكوك فيه في مسألة الوضوء إنما هو الحدث لا الوضوء فيجب طرحه.

وفيها: فكل يمين لا يعلم صاحبها أنه فيها بار وهي بالطلاق فهو حانث فلم يقيده الصقلي وقال ابن الحاجب يعني يشك.

قُلتُ: لأنه أتى بها مصدرة بالفاء عقب قوله من حلف لا كلم فلانا ثم شك هل كلمه طلقت عليه؛ لأن يمينه خرجت منه وهو لا يتيقن أنه فيها بار، ومن شك هل طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا ففي حرمتها إلا بعد زوج وأمره بفراقها دون قضاء قولها، ونقل اللخمي رواية ابن حبيب، وعلى الأول إن طلقها طلقة بعد نكاحها بعد زوج ففي لزوم الثلاث، ولو نكحها كذلك بعد مائة زوج ما لم يبت طلاقها ثلاثا دفعة، أو ما لم يتزوجها بعد ثلاثة أزواج، ثالثها: ما لم يطلقها ثلاثا، ولو كن مفترقات لها، ولرواية الصقلي مع نقله عن أشهب وأَصْبَغ وابن وَهْب وتوجيهه الأقوال الثلاثة دليل مغايرتها

عنده، والحق لا تغاير بين الأخير وما قبله.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من قال لامرأته: إن تزوجتك فأنت طالق، ولا يدري ما أراد، إن تزوجها بانت منه خوف أن يكون طلق البتة ولها نصف المهر، ولم يكن ينبغي له أن يتزوجها حتى تنكح زوجا، كذا أبدا حتى تبين منه بثلاث تطليقات لكل نكاح طلقة محسوبة، إن طلقها إياها لا ترجع إليه حتى تنكح زوجا غيره.

قال: واختلف الناس إن رجعت إليه بعد الذي فسدت لك أن يبتدئ الطلاق أو تكون على طلقة وأحب إلي أن تكون على تطليقة أبدا يعمل باليقين ويطرح الشك، وقاله أَصْبَغ وأشهب أيضًا في المدخول بها وهما سواء.

ابن رُشْد: حمل ابن القاسم قوله ولا أدري على أنه لم يدري ما أراد من عدد الطلاق، وأنه أراد شيئًا فنسيه خلاف قول سعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد في التخيير والتمليك من المدَوَّنة، وقول ابن القاسم هذا كقوله فيها في الأيمان بالطلاق أن الشك باق أبدا لا ترجع إليه أبدا إلا على طلقة، وهو قول سَحنون. قال: ولو نكحها بعد عشرة أزواج إلا أن يبت طلاقها، وحكى الشيخ في المختصر عن أشهب: أن الشك يرتفع بعد ثلاثة أزواج وترجع إليه إن تزوجها على كل الطلاق وهو قول ابن وَهْب، وبه أخذ ابن حبيب.

قال يحيى بن عمر تدبرته فوجدته خطأ، وقال الفضل أيضًا أنه خطأ واضح.

قُلتُ: جعل ابن رُشْد قول ابن وَهْب هو قول أشهب خلاف جعل الصقلي قول ابن وَهْب خلاف قول أشهب وهو وهم.

ابن بشير: إن شك في واحدة وثلاث ففي وجوب الثلاث قولان، إن قلنا لا تجب أمر بالرجعة، فإن لم يفعل حتى تمت العدة ففي جواز نكاحه إياها القولان.

قُلتُ: وهذا نص منه بأن القول الثاني أنها طلقة رجعية وحكاه ابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: تبع فيه غيره، وأنكر غيرهما من الحفاظ وجوده في المذهب، وأصول المذهب تشهد لوجوده، ثم حكى رواية ابن حبيب على أنها غيره.

قُلتُ: لا أعلم من أنكر ثاني نقل ابن بشير، وهو عندي نفس رواية ابن حبيب، ولذا لا تجد من جمع بينهما في النقل، حكاه ابن بشير ولم يزد رواية ابن حبيب، واللخمي

عكس، وقال: لا يختلف أنه يؤمر أول مرة بالإمساك عن رجعتها حتى يتزوجها إن شاء، فإن ارتجعها أمر أن لا يصيب؛ لأنه لا يدري في حليتها من حرمتها، ويؤمر أن يطلقها لإمكان كون رجعته صحيحة فلا تحل لغيره من غير طلاق؛ لأن منع الأول إنما هو لإمكان كون الطلاق ثلاثا لا على وجه القطع، فمنع الناس أولى؛ لأنه في شك من زوال عصمة الأول، فبقاؤها مع الأول بالشك أولى من إباحتها لآخر بالشك إلا أن يوقع الأول عليها طلاقا، فإن أبى ولم يجبر على رواية ابن حبيب، فإن لم يجبر ووقف عنها فرفعته للسلطان طلق عليه الحاكم.

قُلتُ: فحاصل كلامه أن اللازم له على رواية ابن حبيب إنما هي طلقة رجعية، وقوله تفريعا عليها أنه يوقف على إصابتها، وتطلق عليه إن رفعته غير صحيح، وقوله إذا منع الأول مع الشك فالثاني أولى إن أراد على رواية ابن حبيب فلا خلاف في حرمتها على غير الأول إلا أن يوقع الأول عليها طلقة أو يموت، وإن أراد على المشهور فليس كذلك؛ لأنه فرق بين كون الشك طريقا لوجوب الحكم، والحكم المشكوك فيه الأول معتبر، والثاني لغو كمن شك في وجوب ظهر وعصر ثم تيقن وجوب الظهر بعينها بعد صلاتها فقط أو بعد وصلاتها معا فلا إعادة عليه، ولو شك في وجوب الظهر لشكه في دخول وقتها فصلاها ثم بان له أنه صلاها بعد دخوله فإنه لا تجزئه، وقد أشار إلى هذا القرافي في قواعده، وأخبر بعض شيوخنا عن الشيخ الفقيه أبي عبد الله بن شعيب أنه سمع الشيخ الفقيه المعروف بابن بنت العز في مجلس تدريس حضرة فقهاء الديار المصرية يرجح الفتوى برواية ابن حبيب محتجا بأنه لو ألزمناه الثلاث بشكه لأبحناها لغيره بالشك، واللازم باطل فالملزوم مثله، ولم يحك لاحتجاجه ردًا وهو نحو كلام اللخمي، ورده واضح حسبما مر.

اللخمي: إن شك هل طلق وحدة أو ثلاثا أمر أن لا يقر بها حتى تنكح زوجا غيره، فإن تزوجها بعده ثم طلقها فله أن يرتجعها اتفاقًا لانتفاء الشك في الثلاث، فإن طلقها ثانية لم تحل له إلا بعد زوج لتقرر الشك في الثلاث، وإن شك في واحدة أو اثنتين فله الرجعة، فإن ارتجعها ثم طلقها جاء الشك في الثلاث.

قُلتُ: صور الشك في العدد أربع مسألة الكتاب، والشك في واحدة أو اثنتين،

والشك في واحدة أو ثلاث، والشك في اثنتين أو ثلاث، وضابط ما تحرم عليه فيه قبل زوج إن طلقها بعد أن تزوجها بعد زوج طلاقا دون البتات كل ما لم ينقسم مجموع عدد طلاقه بعد زوج مع عدد طلاق كل شك بانفراده على ثلاث لم تحرم، وإن انقسم، ولو في صورة واحدة حرمت، الطرطوشي: إن شك في عدد طلاقه لزمه أكثره، ولو تيقن واحدة وشك في الثانية لم يلزمه إلا واحدة.

قُلتُ: لأن الأول: شك في عدد ما وقع، والثاني: شك في الوقوع.

وفيها مع عتقها: من طلق واحدة من نسائه ثم نسيها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق.

الصقلي وابن رُشْد: اتفاقًا.

القرافي: إجماعا.

قُلتُ: فإن تذكر عين المطلقة فكقولها من شك في واحدة أو اثنتين أو ثلاث، فقال مالك هي ثلاث.

ابن القاسم: إن ذكر في العدة أنها أقل فله الرجعة فكذا يكون أحق بغير من ذكر عينها ويكون فوت غيرها كامرأة المفقود، وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب طلقن بغير استئناف طلاق، قد يكون تنبيها على خلاف أبي حنيفة القائل إنما يقع الطلاق على التي طلقها، وتطلق من عداها لتحل للأزواج فيقول من لم يقع عليها طلاقي من نسائي طالق، واستحسنه بعضهم وهو عندي حسن، وتقدم تنبيهنا على اختلاف الأصوليين في الميتة إذا اختلطت بالذكية هل تحرمان أو لا تحرم إلا الميتة؟ وعليه لا بد من استئناف الطلاق لمن لم يطلقها، وكذا على القول الأول إذ لا يلزم منع الاستمتاع بالزوجة لموجب ما وقوع الطلاق؛ لأن المنع من الاستمتاع من لوازم الطلاق لا ملزوم له، ولا يلزم من وجود اللازم وجود الملزوم.

قُلتُ: قوله: (قد يكون تنبيها على خلاف أبي حنيفة) هو كالمتعين؛ لأن أصل المدَوَّنة إنما هي مسائل حصلها أسد بن الفرات عن محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، ثم جاء لابن القاسم فكان يسأله عنها ويثبت فيها أجوبة ابن القاسم على مذهب مالك حسبما نقله ابن الرقيق وغيره، واستحباب بعضهم إيقاع الزوج طلاق غير المطلقة في

نفس الأمر لتحل لغيره بناء على نحو ما مر للخمي خلاف ما مر من رده، وهنا زيادة اعتبار قاعدة ما لا يتوصل للواجب إلا به فهو واجب، وما نقله في الشاتين من القول بأنه لا تحرم إلا الميتة قول ضعيف نقله الغزالي في المستصفى وزيفه هو وغيره.

قال السراج في تحصيله: إذا اشتبهت منكوحة بأجنبية وجب الكف عنهما، لكن قيل: الحرام هو الأجنبية وهو باطل؛ لأن إثبات الحرج في الفعل ينفي حله، نعم حرمت الأجنبية لكونها أجنبية والمنكوحة لاشتباهها بها.

قُلتُ: وهو مختصر كلام الغزالين وقوله: (المنع من الاستمتاع من لوازم الطلاق لا ملزوم له... إلخ) إن أراد وقتا ما أو الأعم من كونه بمنكوحة أو مملوكة فمسلم وليس محل النزاع، وإن أراد بالزوجة دائما إلا بنكاح جديد، فإن أراد أنه كذلك على قول سلم ولم يفد احتجاجا؛ بل تخريجًا، وإن أراد أنه كذلك اتفاقًا، وهو ظاهر سياقه رد بما تقدم من الخلاف في أنت طالق إن لم أطلقك أحد الأقوال يعجل الطلاق لحرمة متعته بها، وبالقول بلزوم الطلاق في قوله إن وطئتك فأنت طالق حسبما يأتي إن شاء الله.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب العدة: من طلق إحدى امرأتيه بعد بنائه بإحداهما ثم نسيها ثم ماتتا، إن ماتت المدخول بها في العدة ورثها والأخرى إن شاء ورثها أو لم يرثها ذلك إليه في الاحتياط.

ابن رُشْد: قوله في المدخول بها صحيح، وفي قوله في الأخرى نظر؛ لأنه أباح له أخذ ما لا يدري هل هو له أم لا؟ ويلزم عليه لو لم يمت أن يؤمر بفراقها ولا يجبر، ووجه قوله أنه لما ورث المدخول بها فكأنه لم يشك في طلاقها وإنما شك في طلاق الأخرى فأشبه من شك في طلاق امرأته فيؤمر بفراقها، وأن لا يرثها ولا يجبر على ذلك؛ لأن العصمة متيقنة فلا ترفع بالشك وليس ببين؛ لأن الطلاق في هذه متيقن في إحداهما، فكما لا يجوز أن يمسك إحداهما خوف كونها المطلقة، فكذا لا يجوز إرث التي لم يبن لها خوف كونها المطلقة إلا أن يتذكر أن الأخرى هي المطلقة يقينا، ونحى فضل إلى أن له نصف ميراثه منها كما لكل واحدة منهما نصف ميراثها منه لو مات بعد انقضاء العدة وليس بصحيح؛ لأن في موته تحقق ثبوت إرث أحدهما له يقسم بينهما بين أيمانهما على حكم التداعي وإرث الزوج مشكوك فيه بالنسبة لنفس كل واحدة منهما.

وفيها: ومن قال إحدى نسائي طالق أو حنث بذلك في يمين، فإن نوى واحدة طلقت فقط وصدق في الفتيا والقضاء، وإن لم ينوها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق.

الصقلي عن محمد: هذا قول المصريين وروايتهم، وقال المدنيون: ورووا يختار واحدة للطلاق كالعتق كذلك، والأول أحب إلي؛ لأن العتق يتبعض ويجمع في أحدهم في السهم بخلاف الطلاق، وفرق ابن هشام بأن الطلاق فرع أصل لا يقبل الخيار وهو النكاح، والعتق فرع أصل يقبله وهو الشراء، ومثله سمع أَصْبَغ ابن القاسم.

ابن رُشْد: وهو المشهور ورواية المدنيين شذوذ، والقياس أن العتق كالطلاق وتفرقة مالك استحسان.

وفيها: إن جحد فشهد عليه كان كمن لا نيَّة له.

قُلتُ: يرد تخريج قبول قوله في النيَّة بعد جحده من قول ابن القاسم في لعانها إن أقامت المرأة بينة أن الزوج قذفها، وهو ينكر حد إلا أن يدعي رؤية فيلتعن ويقبل منه بعد جحوده لدفع الحد بالشبهة، وتخريجها على قبول قول المودع ينكر الوديعة فتقوم عليها بينة أنها تلفت يرد بأن حفظ الفروج آكد من الأموال.

ولابن رُشْد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم في الشهادة.

قيل: تقبل منه نيته في يمينه بالطلاق بعد إنكاره، وهو قول مالك في كتاب التخيير في رسم كتب من سماع ابن القاسم، وفي رسم الطلاق من سماع أشهب، ورسم الكبش من سماع يحيى منه، ومن كتاب الأيمان بالطلاق في عتقها الأول زيادة، ولو قال أحد عبدي حر، ولم ينو واحدًا بعينه فهو مخير في عتق أحدهما، وقال ابن بشير في تخييره في العتق والطلاق: ثالثها: فيه، وفي المستصفى إثر المسألة السالفة: لو قال إحدى زوجتي طالق احتمل أن يقال يحل وطئهما والطلاق غير واقع؛ لأنه لم يبين له محلا فصار كمن باع أحد عبديه، ويحتمل أن يقال حرمتها معًا، فإنه لا يشترط تعيين المحل للطلاق ثم عليه التعيين، وإليه ذهب أكثر الفقهاء والمصير إلى أن إحداهما محرمة والأخرى منكوحة كما توهموه في اختلاط منكوحة بأجنبية فلا ينقدح هنا؛ لأنه جهل من الآدمي عرض بعد التعيين، وهو هنا ليس متعينا في نفسه والله علمه مطلقًا لإحداهما لا بعينها، فإن قيل إذا وجب عليه التعيين فالله أعلم ما يعينه فتكون المحرمة المطلقة بعينها في علم

الله، وإنما هو مشكل علينا.

قُلتُ: الله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه، ولا يعلم الطلاق الذي لم يعين محله متعينًا؛ بل يعلمه قابلا للتعيين، ويعلم أنه سيعين زينب مثلا فيتعين الطلاق بتعيينه إذا عين لا قبله.

اللخمي: اختلف في يمينه هل يحلف أنه نواها، ولا أرى أن يحلف أن نسق قوله وإن لم يكن نسقا، وكانت منازعته معهما، فإن قال نويت الشابة أو الحسناء منهما أو من يعلم ميله لها لم يحلف، ويحلف في عكسها إلا أن تكون المنازعة معها فلا يحلف، وإن لم تكن عليه بينة لم يحلف على حال.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم من قال: امرأته طالق البتة أو غلامه حر إن لم يفعل كذا فمات، ولم يفعله ترثه امرأته، ويعتق الغلام في ثلثه.

ابن رُشْد: لأن الحالف على حنث لا يحنث إلا بموته فيعتق العبد في ثلثه على حكم العتق بعد الموت احتياطا للعتق لئلا يسترق بالشك وترثه زوجته؛ لأن الطلاق لا يصح بعد الموت، ولأنه لو حنث في حياته خير بين العتق والطلاق كما سمع يحيى، ولو قال قائل تنزل ورثته بعد موته في التخيير منزلته فلا يعتق العبد في الثلث إلا برضاهم لكان له وجه؛ لأن الأصل براءة الذمة والعتق لا يكون إلا بيقين.

قُلتُ: هذا وهم؛ لأن تخييره هو إيقاعه الطلاق بدل العتق وهذا بعد موته ممتنع، والأصل في الفقه والبرهان أن انتفاء أحد الأمرين المخير فيهما يوجب تعيين الآخر كتعذر العتق والكسوة في الكفارة يوجب الإطعام، ومن ثم كان انتفاء إحدى جزئي الحقيقة المنفصلة ينتج ثبوت الآخر وسماع يحيى ابن القاسم هو من قال امرأته طالق أو عبده حر إن فعل كذا فحنث فهو مخير في طلاقها وفي عتقه.

ابن رُشْد: لأن أو في الماضي للشك، وفي المستقبل للتخيير.

قُلتُ: لم يحك فيه خلافا، ومثله نقل الشيخ في نوادره عن الموازيَّة وعن أَصْبَغ في الواضحة، ثم قال: ومن كتاب ابن سَحنون عنه: من قال لامرأتيه: أنت طالق أو أنت طالق طلقت الأولى وحلف في الثانية، ولو قال: أنت طالق أو أنت حر لعبده طلقت عليه المرأة وحلف في العبد أنه ما أراد عتقه إن نكل عتق عليه، ومن له أربع نسوة قال:

لواحدة أنت طالق، ثم للثانية لا أنت، ثم للثالثة أو أنت، ثم للرابعة؛ بل أنت نسقا، طلقت الأولى والرابعة لا الثانية ويحلف في الثالثة، وقال بعض أصحابنا: تطلق الأخيرة ولا شيء في الثانية وخير في الأولى والثالثة يطلق إحداهما فأنكره سَحنون.

قُلتُ: هما بناء على ما مر في أنت طالق أو أنت هل يلزم طلاق الأولى ويحلف في الثانية، أو يخير فيهما؟

قال الشيخ: ولو قال لواحدة أنت طالق ثم للأخرى؛ بل أنت طلقتا معًا، ولو قال لا أنت طلقت الأولى فقط، ولو قال للثانية؛ بل أنت وللثالثة أو أنت ففي قول سَحنون تطلق الأولى والثانية ويحلف في الثالثة، وفي القول الآخر الثانية طالق ويخير في الأولى والثالثة وما أنكره سَحنون هو قول أَصْبَغ في الموازيَّة والواضحة.

قال ابن حبيب عنه: إن قال أنت طالق ولأخرى لا أنت، فإن أراد لا؛ بل أنت طلقتا معًا، وإن أراد لست أنت لم تطلق الثانية.

قُلتُ: فإن لم تكن له نيَّة فظاهر ما مر لسَحنون أنه محمول على الثاني، وهو الجاري على ما أصلوه في مسألة التعارض؛ لأن اللازم على الثاني التأكيد؛ لأن المعنى حينئذ صرف الطلاق عن الثانية، وكان عنها مصروفا بالأصل، واللازم على الأول النسخ؛ لأن المعنى حينئذ رد النفي لطلاق الأولى وقد وقع.

قال الشيخ: ولو قال للأولى أنت طالق، وللثانية لا أنت، وللثالثة؛ بل أنت، وللرابعة أو أنت لم تطلق الثانية على معنى ما ذكرنا، وتطلق الثالثة بكل حال ويخير في الأولى والرابعة يطلق من شاء منهما وكأنه لم يقل ذلك إلا لهما.

قُلتُ: قوله يطلق أربعين لطلاقه السابق إحداهما لا يقول لها أنت طالق إذ قد تكون هي المطلقة بما سبق فيلزمه بهذا طلقة أخرى، وقد يتزوجها فيبني على أن الباقي له فيها طلقتان وليس كذلك.

اللخمي: من قال أنت طالق أو أنت، خير في طلاق أيهما شاء، ولو قال أو أنت بنية أحدثها بعد تمام قوله أنت طالق طلقت عليه الأولى، إذ لا يصح رفع طلاقها بعد وقوعه، ولا تطلق الثانية؛ لأنه جعل طلاقها على خيار، ولا يختار طلاقها لما طلقت الأولى، ولو قال أنت طالق وللثانية أو أنت ثم التفت إلى الثالثة فقال أو أنت، فإن طلق

أحد الطرفين خير في الآخر والوسطى، وإن طلقها ثبت الطرفان، وإن أمسكها طلقا، وإن قال أنت طالق أو أنت؛ بل أنت، فإن أراد ببل الإضراب عن الثانية إلى الثالثة، أي الخيار بينك وبين الأولى بقيت الثانية وطلقت الأولى وخير في الثالثة، وإن أراد حصر الخيار بين الثانية والثالثة بقيت الأولى وطلقت الثانية وخير في الثالثة، ولو قال أنت طالق؛ بل أنت أو أنت طلقت الأولى وخير في غيرها، وفي أنت طالق لا أنت؛ بل أنت طلقت الأولى والأخيرة إلا أن يريد رفعه عن الأولى وإثباته للثانية فيطلقن ثلاثتهن.

عليها: ومن لم يدر بما حلف؛ بطلاق أو عتق أو مشي أو صدقة فليطلق نساءه وليعتق رقيقه وليتصدق بثلث ماله وليمش إلى مكة يؤمر بذلك دون قضاء، وللشيخ في الواضحة عن أَصْبَغ: من أيقن بالحنث ولم يدر أحلف بطلاق أو عتق أو ظهار أو مشي أو بالله فليلزم هذه الأيمان كلها بالفتيا والقضاء إلا ما لا يشك أنه لا يجري على لسانه منها فلا يلزمه، وما كان يجري على لسانه يلزمه بالشك.

قال اللخمي بعد نقله هذا: قول أَصْبَغ يجبر على الصدقة والمشي خلاف معروف المذهب؛ لأنه في الصدقة على غير معين، وهو في المشي أبين أن لا يجبر؛ لأنه حق لله لا لآدمي كقوله إن كلمت فلانا فعلي صلاة أو صوم فإنه لا يجبر.

قُلتُ: ليس في قول أَصْبَغ في النوادر: ولا في نقل اللخمي ذكر الصدقة، ولا لفظ الجبر إنما فيه لفظ اللزوم، وكون اللزوم لا يستلزم الجبر بذاته واضح، وقول ابن بشير إثر نقله تعقب اللخمي قول أَصْبَغ، ولعل أَصْبَغ أراد بالجبر أنه يجب ذلك عليه لا أنه يلزمه تورعا، اتكالٌ منه على صحة نقل اللخمي عنه لفظ الجبر، وهو لم ينقله عنه إنما نقل عنه لفظ اللزوم.

وفيها مع سماع عيسى: شك الموسوس في طلاقه أنه طلق لغو.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لرجل يميني على يمينك لا شيء عليه.

ابن رُشْد: إن قال ظننت أنه لا يحلف إلا بالله لسماع ابن القاسم ذلك، ونقله ابن حبيب وزاد: ويحلف وإن صمت لزمه، وسمع أبو زيد ابن القاسم شرط لزومه أن يكون للحالف زوجة وفي العتق عبد، وسمع عيسى ابن القاسم من أجاب من قال له

أطلقت امرأتك بنعم كما طلقت أنت امرأتك، وقد طلق السائل فقال المسئول لم أعلم بطلاقه، إن لم يعلمه ولم يرد هو طلاقا حلف ذلك ولا شيء عليه.

ابن رُشْد: إن شهد عليه وقيم عليه لم يصدق إلا بما يدل على صدقه بقياس من شاهد حال أو مقال.

وسمع ابن القاسم في العدة: من شهد عليه أنه طلق امرأته البتة، وقد ماتت لا يرثها، وإن مات دونها ورثته.

قال سَحنون: معناه أن الشهود كانوا قياما معه فلم يقوموا عليه حتى مات.

ابن رُشْد: قول سَحنون ليس بصحيح إذ لو كانوا قياما معه فلم يقوموا حتى مات لوجب أن يرث كل منهما صاحبه لبطلان شهادتهم بترك قيامهم، ووهم سَحنون في تفسير قول مالك؛ لقول يحيى بن سعيد في الأيمان بالطلاق منها في شهود شهدوا على رجل بعد موته أنه طلق امرأته لا تجوز شهادتهم إن كانوا حضورا وترثه امرأته، وكذا كان يقول يحيى لو ماتت هي أنه يرثها، فإنما معنى مسألة مالك أن الشهود كانوا غيبًا ولذا وقع له في رسم "حمل صبيا" من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق أن الشهود كانوا غيبًا فمالك أحق بتبيين ما أراد، ووجه تفرقته بين ميراثه منها وميراثها منه أنه إن كان الميت فهو لم يعذر له في الشهود، ولعله لو أعذر له فيهم لأبطل شهادتهم فرأى لها الميراث؛ لأن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار للمشهود عليه، وإن كانت هي الميتة أمكن أن يعذر إليه إن عجز عن الدفع وجب الحكم بالطلاق يوم وقع فلم يكن له ميراث منها، وقال محمد بن المواز: إنما ورثته ولم يرثها؛ لأنه كالمطلق في المرض؛ لأن الطلاق وقع يوم الحكم، ولو لم يقع يوم الحكم كان فيه الحد.

قال التونسي: فيه نظر؛ لأن الحاكم إنما ينفذ شهادة البينة، وهي تقول أن الطلاق وقع قبل الموت وإنما درئ الحد بالشبهة إما لنسيانه أو لإمكان كونه صادقا في إنكار الشهادة، ولو كان الطلاق وقع بعد الموت لورثها هو أيضًا، والقياس أن لا ترثه كما لا يرثها؛ لأن الإعذار يجب لهما معا وهو قول سَحنون.

وتقييد إقراره نسقا بما يلغيه في قبوله اختلاف لو قال طلقتك وأنا صبي أو قبل أن أتزوجك أو في منامي أو قبل أن أولد، في تصديقه ولزوم طلاقه قول ابن القاسم فيها في

الأولين مع قوله في كتاب ابن سَحنون في الجميع وقول سَحنون، وثالثها: للخمي عن الموازيَّة يصدق بيمينه، ولو قال: وأنا مجنون فثالثها: إن علم أنه كان به جنون للشيخ عن محمد وسَحنون، ولها مع ابن القاسم في الموازيَّة وعزا اللخمي الأول والثاني لأصلي أشهب وابن القاسم فيمن أقر بوطء بنكاح لا يعلم إلا بدعواه نسقا بإقراره ونحوه. قال: وقول أشهب أحسن.

ولو شهدت بينة تامة: متعلقها واحد واضح فلو شهد رجلان بطلاقه واحدة معينة من نسائه ثم نسيا عينها ففي لغوها ويحلف أو دون يمين، ثالثها: تثبت في إحداهن مبهمة لنصها، واللخمي عن محمد وقول ابن رُشْد في رسم سلف من سماع عيسى في الوصايا أجاز الشهادة، وإن عمي على الشهود الفرس الذي عينه الموصي للموصى له وشكوا فيه، فقيل: هو على ما في الأسدية من الأيمان بالطلاق، ومن المدَوَّنة فيمن طلق إحدى امرأتيه وشك الشهود في المطلقة منهما هل التي دخل بها أم لا؟ وعلى قول ابن وَهْب خلاف مشهور قول ابن القاسم.

اللخمي: أرى أن يحال بينه وبينهن ويسجن حتى يقر بالمطلقة لقطع البينة بحرمة إحداهن.

قُلتُ: مقتضى مشهور المذهب على قبول هذه البينة طلاق جميعهن، كمن شهد عليه أنه طلق إحدى امرأتيه، وهو ينكر تقدم أنه كمن لا نيَّة له، وإن كان متعلق الشهادتين عن موطنين ففيه اختلاف.

سمع عيسى ابن القاسم: من شهد على رجل أنه صالح امرأته وآخر أنه طلقها واحدة سقطتا، وليس كشهادة أحدهما عليه بطلقة في رمضان وآخر بطلقة في شوال؛ لأن شهادة هذين على الطلاق بعينه وشهادة الآخرين في أمرين مختلفين كشهادة أحدهما عليه أنه حلف بالطلاق إن دخل وآخر إن كلم فدخل وكلم شهادتهما باطلة.

أَصْبَغ عن ابن القاسم: وكذلك شهادة أحدهما بالبتة والآخر بأنه صالحها.

ابن رُشْد: هذه وشبهها من الشهادة على الأقوال أربعة أقسام إن اختلف اللفظ واتفق المعنى لفقت اتفاقًا، وإن اختلف اللفظ والمعنى وما يوجبه الحكم لم تلفق اتفاقًا، وإن اتفق اللفظ والمعنى واختلفت الأيام والمجالس فالمشهور تلفق، وقيل: لا تلفق، وإن

اختلف اللفظ والمعنى ويتفق ما يوجبه الحكم فالمشهور لا تلفق، وقيل: تلفق وهو قول ابن الماجِشُون وأَصْبَغ، فقوله: (لا تلفق الشهادة بالصلح إلى الشهادة بطلقة واحدة) صحيح لا اختلاف فيه؛ لأنه من القسم الثاني وحكمه أنه يحلف على تكذيب كل منهما، إن نكل حبس حتى يحلف، وقيل: تطلق عليه طلقة بائنة على اختلاف مالك فيها.

قُلتُ: وفيها بلغني عن مالك إن طال سجنه دين وخلي.

قال: وقوله ليس هذا كمن شهد عليه أنه طلق في رمضان وآخر أنه طلق في شوال؛ يريد: على المشهور، وقيل: لا وهو قول ربيعة في الأيمان بالطلاق منها ويقوم من قول ابن القاسم في رسم حمل من سماع عيسى بعد هذا من شهد عليه شاهدان أنه قال امرأته طالق إن دخل دار عمرو بن العاص، وشهد عليه آخران أنه قال ذلك من الغد ثم آخران بذلك بعد الغد إن دخلها لزمه ثلاث تطليقات ولا ينوى، وقوله: (وشهادة الآخرين في أمرين مختلفين... إلخ) يريد: على المشهور، وقيل: تلفق لأنها من القسم الذي اختلف فيه اللفظ والمعنى واتفق ما يوجبه الحكم، وقول أَصْبَغ عنه لو شهد شاهد عليه بالبتة وآخر بأنه صالحها لم تجز شهادتهما، يريد على المشهور؛ لأنه مما اتفق فيه ما يوجبه الحكم، ويحلف على رواية أَصْبَغ أنه ما صالحها وأنه ما طلقها.

اللخمي: اختلف في ضم الشهادتين عن موطنين، فقيل تضمان مطلقًا، وقيل: لا، وقيل: إن كانتا على قول لا على فعل، وقيل: تضمان وإن كانتا على فعل، وإن كان أحدهما على فعل والآخر على قول لم يضما، وأرى أن يضما في الطلاق إن شهد كل واحد بالثلاث أو كل واحد بطلقة وكانت آخر الثلاث، وإن لم يتقدم له فيها طلاق لم تضما وحلفا على تكذيب كل واحد منهما؛ لأن الشهادة بالثلاث أو بآخرها شهادة بمعين وبغيرهما شهادة بغير معين إذا قال الأول أوقع عليها أمس طلقة، وقال الآخر أوقع عليها اليوم طلقة، وقعت على قولهما طلقتان، ولا يصح جمع الطلقتين في طلقة واحدة وقد يكون بين الطلقتين ما تنقضي فيه العدة، فعلى شهادة الأول لا تقع الثانية، وإذا كان الحكم لو سمع كل طلقة شاهدان أن تقع عليه طلقتان لم يصح إن انفرد كل شاهد بطلقة أن تجعلا واحدة، وإن شهد واحد بطلقة وآخر بثلاث ضمتا وقضى بواحدة وحلف على الباقي.

قُلتُ: الضم في انفراد كل واحد بطلقة أبين منه في هذه؛ لأن الشيء وحده ليس كهو مع غيره.

قال: وفي كون البتة كذلك أو لا تضم؛ لأنها لا تتبعض قولان، ولو شهد واحد بحلفه لأدخل كذا وأنه دخله وآخر بأنه لا كلم فلانا وأنه كلمه لم تضما، واختلف في يمينه فقيل يحلف؛ لأن هذا لطخ، وقيل: لا إلا أن يثبت شاهدان على اليمين وواحد على الدخول أو العكس، وتقدم الخلاف في حلف من شهد عليه بإقراره بوطء أمته رجل "وعلى ولادتها امرأة".

قُلتُ: إن كان القول بترك تحليفه في الأولى نصا فواضح، ويلزم مثله في كل شاهد بطلاق، وتخريجه من الثانية يرد بأن بينتها لا تتم إلا بشهادة اثنين رجل وامرأة، وبينة الأولى تتم بشهادة واحد مثل الأول، وما توقف ثبوته على أقل أقرب مما يتوقف ثبوته على أكثر.

وفيها لابن شهاب: إن شهد ثلاثة مفترقون أحدهم بطلقة وآخر باثنتين وآخر بثلاث لزمته طلقتان.

اللخمي: هذا يصح في بعض وجوه الشك إن علمت التواريخ فكان الثاني في ثاني يوم الأول، والثالث في ثالثهما لزمت الطلقتان واحدة بضم الأولى للثانية في واحدة وثانية بضم باقي شهادة الثاني لشهادة الثالث في وحدة، وكذا إن شهد الأول باثنتين والثاني بواحدة والثالث بثلاث ويحلف على باقي شهادة للآخر، وفي عكس الأولى يلزمه الثلاث؛ لأن شهادة الثاني إذا ضمت إلى شهادة الأول لزمه طلقتان قبل أن يسمعه الثالث يوقع الأخرى، فلما سمعه ضمت شهادته إلى الباقي من شهادة الأول فتمت الثلاث، وكذا إن شهد الأول بثلاث والثاني بواحدة والآخر باثنتين لزمه ثلاث، بضم الأولى للثانية تلزمه طلقة ويبقى من الأولى طلقتان؛ لما سمعه الثالث طلقها اثنتان ضمت لباقي الأولى فلزمته أخرى فتمت الثلاث.

قُلتُ: كذا وجدته في نسختين إحداهما عتيقة صحيحة، وصوابه فلزمته طلقتان.

قال: وكذا لو شهد الأول بطلقتين والثاني بثلاث والآخر بواحدة لزمته الثلاث؛ لما سمعه الثاني لزمته طلقتان قبل أن يسمعه الثالث، وبقي من شهادة الأوسط طلقة

أضيفت لشهادة الآخر بطلقة، ويختلف إن عدمت التواريخ هل تلزمه ثلاث أو طلقتان؛ لأن الزائد عليهما من الطلاق بالشك، وسئل ابن رُشْد عن قول ابن شهاب فيها من شهد عليه شاهد بثلاث وآخر باثنتين وآخر بواحدة.

قيل له: وفي نسخة أخرى واحد بواحدة وآخر باثنتين وآخر بثلاث لزمه طلقتان، فأجاب لا أثر لاختلاف النسخ فيها يوجب الحكم من تلفيق البينة على القول به، والواجب على القول به لزوم الطلقتين وهو قول ابن القاسم وروايته خلاف مالهما في غيرها، سواء أرخ كل واحد شهادته أو لم يؤرخ اختلفوا في التاريخ أو اتفقوا عليه لا أثر للتاريخ فيها يجب من تلفيق الشهادة إذ لو قبل شهادة الواحد بانفراده في تعيين اليوم لوجب قبول شهادته وحده في الطلاق الذي شهد به فلا يعاد بالتواريخ إذ لا أثر لها ألا ترى أن العدة لا تكون في ذلك إلا من يوم الحكم، وإن أرخ كل واحد منهم شهادته، ولو اجتمع شاهدان على تاريخ واحد كانت العدة منه، وما فصله اللخمي من الفرق بين كون تاريخ الشاهد بالثلاث متأخرًا عن تاريخ شهادة الشاهدين أو متقدمًا عليهما أو على أحدهما ليس له وجه يصح، وكذا قوله يختلف إن عدمت التواريخ هل تلزمه طلقتان أو ثلاث؛ لأن الزائد على الشك من باب في الطلاق غلط ظاهر إذ لا خلاف أن الحاكم لا يحكم على المنكر بالشك، إنما الخلاف هل يحكم عليه بالشك إذا أقر به على نفسه.

قُلتُ: قول ابن رُشْد: لو وجب قبول شهادة الشاهد بواحدة في تعيين يومها لوجب قبول شهادته فيما انفرد به من الطلاق... إلخ.

يرد بأن الملازمة المذكورة إنما تدل على عدم اعتبار زمن الطلقة في كونه قيدا فيها، وهذا لا يخالف فيه اللخمي إذ لو اعتبر ذلك لأبطل الضم مطلقًا لاختلاف متعلق الشهادتين كشهادة أحدهما بثوب معين آخر بمثله، وإنما اعتبر اللخمي التاريخ من حيث كونه موصلا لأحد الطلاقين مخبرًا به عن طلاق آخر إخبارًا يقصد به كمال الطلاق بشهادة رجلين، وكذا لزمه في الثلاثة التي أولها الشاهد بواحدة وآخرها الشاهد بالثلاث طلقتين، وفي عكسه ثلاثا وهو فقه حسن، وصور تقدم بعضها على بعض ست ضابطها على مأخذ اللخمي، وهو كون الطلاق مخبرًا به كما مر أنه كلما تأخرت بينة

الثلاث فطلقتان وإلا فثلاث.

[باب التوكيل في الطلاق]

النيابة فيه توكيل ورسالة وتمليك وتخيير: التوكيل جعل إنشائه بيد الغير باقيا منع الزوج منه فله العزل قبله اتفاقًا(1)، ورسم الوكالة في كتابها، فإن كان لاثنين توقف على اجتماعها.

[باب الرسالة]

والرسالة: جعل إعلام الزوجة بثبوته لغيره(2) إن كان اثنين كفى أحدهما.

فيها: إن ملك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر إلا أن يكونا رسولين كالوكيلين في البيع والشراء.

[باب التمليك]

والتمليك: جعل إنشائه حقًا لغيره راجحا في الثلاث يخص بها دونها بنية أحدهما(3).

---

(1) قال الرَّصاع: قال: (جعل إنشائه بيد الغير باقيا منع الزوج منه).
ابن الحاجب: صير جنس الثلاث التفويض ولم يعرفها والشيخ صير الجنس لها الجعل، وهو والصواب وإليه رجع في حد الوكالة بعد أن عرفها أولا بلفظ النيابة والمصدر في الجميع مضاف إلى المفعول والفاعل الزوج أو نائبه ليدخل وكيل الزوج إذا وكل آخر دل عليه السياق والمعنى والضمير المضاف إلى الإنشاء يعود على الطلاق لدلالة السياق، وكذلك في ثبوته والله سبحانه أعلم.
قوله: (جعل إنشائه) أي: إنشاء الطلاق والجنس مناسب للمحدود، وذلك يعم التمليك والتخيير.
قوله: (باقيا منع الزوج منه) يخرجها؛ لأن له العزل في التوكيل وأخرج الرسالة بقوله: (جعل إنشائه) لأن الرسول لم يجعل له الإنشاء، وهو جلي ولا يقال الذي وقع بالإنشاء إنما هو التطليق لما قدمناه أولا، وهو صواب.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (جعل إعلام) أخرج الوكالة والتمليك والتخيير، وقوله: (بثبوته) أي بثبوت الطلاق، وهو ظاهر، والجنس مناسب.

(3) قال الرَّصاع: قوله: (جعل إنشائه) يدخل فيه التوكيل فأخرجه بقوله: (حقا لغيره) والحق للزوجة

سمع عيسى ابن القاسم: من قال لرجلين أمر امرأتي بأيديكما فطلقاها واحدة، إن طلق كل واحد واحدة لم يجز حتى يجتمعا معًا، وكذا بأيديكما إن شئتما، وإن قال طلقا امرأتي جاز طلاق كل منهما مجتمعين ومتفرقين وطلاق أحدهما فقط؛ لأنهما رسولان فإن طلق البتة، وقال الزوج لم أرد إلا واحدة قبل قوله وإن قال طلقا امرأتي جميعًا إن شئتما فطلقا جميعا واحدة أو طلق كل واحد منهما واحدة لم يجز حتى يجتمعا عليهما.

ابن رُشْد: قوله: (أمر امرأتي بأيديكما) تمليك لا يقع طلاقه إلا باجتماعهما معًا عليهما معًا أو على إحداهما اتفاقًا، وقوله: (أعلما امرأتي بطلاقها) رسالة والطلاق واقع، وإن لم يعلماها اتفاقًا، وقوله: (طلقا امرأتي) يحتمل الرسالة والتمليك، في حمله على الرسالة حتى؛ يريد: غيرها فيلزم الطلاق، وإن لم يعلماها اتفاقًا، وقوله طلقا امرأتي والوكالة كذلك فلا يلزم طلاق إلا بتبليغ من بلغهما إياه منهما، وله منعه، ثالثها: على التمليك كذلك لهذا السماع ولها ولأَصْبَغ، وقوله طلقا امرأتي إن شئتما تمليك وليس لهما أن يجتمعا على طلاق واحدة بخلاف قوله أمر امرأتي بأيديكما؛ لأن قوله أمر امرأتي بأيديكما معناه تطلقان من شئتما منهما أو جميعا إن شئتما، ولا يحتمل أن يكون معنى قوله طلقا امرأتي هذا لجمعه إياهما في الطلاق وهذا لا اختلاف فيه.

قُلتُ: حاصل تفرقته مجرد دعوى والأولى أن يقال جعل أمرها بأيديهما فيه لفظ الأمر الظاهر في عموم حال طلاقهما فعم حالتي الجمع والإفراد بخلاف لفظ طلقا، وسمعه من جعل أمر امرأته بيد ثلاثة طلق أحدهم واحدة والآخر اثنتين والآخر ثلاث لزمت واحدة لاجتماعهم عليها.

ابن رُشْد: كالحكمين إذا اجتمعا، وقال أَصْبَغ في هذا والحكمين لا يلزمه شيء لاختلافهما ورواه عن ابن القاسم.

أو لغيرها ثم خرج التخيير بقوله: (راجحا في الثلاث) قوله: (يخص فيما دونها بنية أحدهما) أشار إلى أنه له مناكرتها ويصدق فيما زاد على واحدة بخلاف التخيير، ولا بد من النيَّة في التمليك، وإلا فلا مناكرة له، والضمير في دونها يعود على الثلاث وضمير أحدهما يعود على الزوجين.

[باب] في صيغة [التمليك]

كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تخيير[1] كقولها أمرك بيدك وطلقي نفسك، وأنت طالق إن شئت وطلاقك بيدك، وفي الموازيَّة وغيرها ملكتك، وفي العتبيَّة وليتك أمرك.

وفيها: لو قال لها حياك الله؛ يريد: به التمليك يكون تمليكًا أو قال لا مرحبا بك؛ يريد: به الإيلاء والظهار.

قال: قال مالك في الطلاق كل كلام لا نوى به الطلاق، أنها طالق فهذا والطلاق سواء، واختصارها البرادعي بلفظ قيل: تعقب لأن الإيلاء يتضمن الحلف بالله، واسم الجلالة لا يقبل الكناية عنه بكل لفظ.

ويجاب بأن المنع فيه من أحكامه قبل الوقوع، والمسئول عنه حكمه بعده.

وسمع القرينان: من قال لامرأته: وليتك أمرك إن شاء الله، فقالت: فارقتك لزمه فراقها، فإن أرادا بقولهما اللعب لا الطلاق حلف ما أراد طلاقا؛ لأنه ولا شيء عليه.

ابن رُشْد: الاستثناء في التمليك لغو كالطلاق ونواه في عدم إرادته الطلاق؛ لأنه مستفت مع موافقتها له وهو على أصولهم فيمن ادعى نيَّة مخالفة لظاهر قوله وهو مستفت ينوي ولا يمين عليه، وقوله حلف ما أراد طلاقا معناه إن طالبه أحد باليمين، وسمعاه أيضًا من قال لامرأته، وهو يلاعبها أمرك بيدك، فقالت تركتك أو ودعتك، وقال لم أرد طلاقا إنما كنت لاعبا ووافقته المرأة حلف ما أراد إلا واحدة ولزمته.

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تخيير) كذا وجدت هذا الرسم أو الضابط، ولم يظهر لنا سر تقييده بما رأيته مع أنه عبر في نظير ذلك: بقوله في النكاح الصيغة ما دل إلى آخره وفي العمرى الصيغة ما دل إلى غير ذلك فعبر بما دل وعبر هنا بما رأيته مع أن ما دل أخصر والله أعلم.

بقصده: ثم إنه أتى هنا بلفظ كل في هذا الرسم وقد علمت ما فيه إلا أن يقال إنه قصد الضابط لكنه لما أخرج التخيير دل على أنه قصد الرسم كذلك مضى فهمه عندي، ولو قال لفظ أو ما يقوم مقامه لدخلت الإشارة والله أعلم بقصده، ولا يقال إنه يرد على رسمه صيغة التمليك؛ لأنا نقول إنه قصد الضابط كذا مر لنا في الجواب، وفيه ما لا يخفى؛ لأنه أخرج التخيير وفيه ما لا يخفى.

قيل: أيحلف أنه ما أراد إلا واحدة والله يعلم أنه لم يرد شيئًا. قال لابد منه.

ابن رُشْد: معناه أن البينة قامت عليه فيلزمه البتات؛ لأن قولها تركتك وودعتك محمول على الثلاث إلا أن يحلف ما أراد إلا واحدة أو ما أراد الطلاق لابد من حلفه على أحد الوجهين، هذا معنى قوله في هذه الرواية، ولا يسوغ له فيها بينه وبين الله أنه أراد واحدة إن كان لم يرد طلاقا، ولكن يمكن من ذلك ويحمل منه ما تحمل، وهذا على القول بقبول النيَّة منه بعد أن أنكر أنه أراد الطلاق، وعلى أنها لا تقبل وهو أحد قولي مالك واختيار أَصْبَغ إن أقام على أنه لم يرد الطلاق حلف على ذلك وكانت واحدة، وإن رجع، وقال: أردت واحدة لم يمكن من اليمين، وكانت ثلاثا على لفظ ما قضت به.

وسمع ابن القاسم: من قال لامرأته انتقلي عني فقالت لا حتى تبين لي أمري قال انتقلي ثم إن شئت طلقتك عشرين، فانتقلت فلم تقض شيئًا ثم ندما فلا شيء عليه.

ابن رُشْد: في لفظه اضطراب قوله: (ولم تقض شيئًا) يدل على أنها كان لها القضاء ما لم يطل الأمر أو ينقض المجلس، وأن قوله: (ثم إن شئت طلقتك عشرين) يوجب لها عليه التمليك كقوله ثم إن شئت الطلاق فأنت طالق عشرين، وقوله: (لا شيء عليه) يدل على أنه لا يلزمه شيء ولا تمليك لها عليه، والمسألة تتخرج على الخلاف فيمن قال لامرأته إن جئتني بكذا فارقتك فتكون طالقا ثلاثا إن شاءت الطلاق على القول أنه يلزمه طلاقها إن جاءت بذلك، ولا تكون طالقا إن شاء الطلاق على القول الثاني بعد حلفه ما أراد إلزام نفسه الطلاق بمشيئتها.

أبو حفص: والتمليك مباح إذ ليس طلاقا موجبه نص الجلاب، ومقتضى الروايات منعها نفسها حتى تنظر في أمرها.

[باب جواب المرأة في قصد التمليك]

وجوابها للقضاء قول وفعل (1)، الأول: الصريح في الطلاق وعدده كطلقت نفسي ثلاثا وقبلت نفسي واخترت نفسي وحرمت عليك وبرئت منك وبنت منك، مدلولها ثلاث لا تصدق في إرادة غيرها، وكذا في جوابها بطلقتين، والمذهب له مناكرتها فيما زاد على الواحدة.

وفيها: ويحلف على ما نوى وإن لم تكن له نيَّة حين ملكها فلا مناكرة له، زاد في سماع ابن القاسم إن رد اليمين عليها. قال: لا يحلف النساء في التمليك.

ابن رُشْد: اتفاقًا فيهما، وسمع عيسى ابن القاسم من ملك امرأته فقضت بالبتة فلم يناكرها وادعى أنه جاهل أن له ذلك وأراد مناكرتها حين علم ليس له ذلك، وسمعه أيضًا من ملكت فقالت قد قبلت ثم صالحها قبل أن تسأل؛ سئلت، فإن قالت أردت طلقتين أو ثلاثا بانت إلا أن يناكرها فله ذلك، ويحلف على ما نوى، وإن لم تكن في ملكه ويحلف وطلقة صلحه زائدة على طلاق تمليكه إن لم تبلغ الثلاث، ولو قالت أردتها فلم يناكرها لم يرد عليها ما أخذ منها؛ لأن بصلحها علمنا أنها لم ترد الثلاث، فإن ادعت جهلا لم تعذر.

ابن رُشْد: قوله: (وتحلف على ما نوى) يريد: إن ناكرها ساعة قالت ذلك، فإن سكت حينئذ لم تكن له مناكرتها بعد ذلك، وليس عليه أن يحلف حتى؛ يريد: الرجعة قاله في المدنيَّة.

قُلتُ: وكذا نقل الباجي عن المذهب والصقلي عن محمد: يحلف مكانه في المدخول بها، وهذا أحسن لتحقيق حكم الإرث بالموت، وقول ابن عبد السلام: ولتحقيق النفقة

(1) قال الرَّصاع: قوله: (قول أو فعل): (قُلتُ) أما القول فظاهر وهو ينقسم إلى صريح وكناية، وأما الفعل فكما إذا نقلت متاعا لها وارتحلت.
قال ابن رُشْد: إن فعلت ذلك مما يشبه الجواب، فإنها تسأل، فإن قالت: أردت الطلاق صدقت، وإن أرادت الفراق ولا نيَّة لها فاختلف في ذلك انظره وتأمل إطلاق الشيخ الفعل ففيه ما ينظر والله أعلم.

يرد بأنها حق عليه يكفي في وجوبها عليه إقراره.

قال ابن رُشْد: وكذا كل من ناكر امرأته في طلاق بائن كالمملكة والمخيرة قبل البناء، ومن أعطت زوجها مالًا على أن يخيرها فتختار نفسها على القول أن له أن يناكرها؛ لأنها تبين بالواحدة.

وسمع ابن القاسم: من ملك امرأته فطلقت نفسها ثلاثا فقال لم أرد طلاقا، ثم يقول إنما أردت واحدة حلف ولزمته طلقة واحدة.

أَصْبَغ: هذا وهم من السامع لا تقبل نيته بعد قوله لم أرد شيئًا، والقضاء ما قضت والبتات.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ فيما روى ابن القاسم "وهم" غير صحيح؛ بل الرواية في ذلك ثابتة وقع ذلك في رسم الطلاق في رسم الطلاق من سماع أشهب، ورسم الكبش من سماع يحيى، ومثله في رسم الكبش من سماع يحيى من الأيمان بالطلاق، والقول بهذا معروف جار على أصل اختلف فيه قول مالك، والقولان قائمان من كتاب اللعان منها وعتقها الأول، وقول أَصْبَغ على أحد قولي مالك، ولو أقام على قوله لم أرد طلاقا ويدعي شيئًا من أمرها غير الطلاق نظر إن بان كذبه ببساط كلامه لزم ما قضت، وإن بان صدقه بذلك حلف، ولم يلزمه طلاق، وإن فقد أو أمكن ما قال حلف على ما قال وكانت واحدة.

وفيها: إن شرط في نكاحها لها إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلا مناكرة له، زاد في الأيمان بالطلاق منها بنا بها أو لم يبن.

وسمع ابن القاسم في النكاح من تزوج امرأة بشرطه إن تزوج أو تسرر ما عاشت فكل من يتزوجها طالق البتة، ومن يتسرر حرة فطلقها البتة ثم تزوجها بعد زوج، ثم أراد أن يتزوج أو يتسرر فقامت عليه بشرطها لقوله فيه ما عاشت، فقال إنما أردت به ما دامت تحتي فله نيته.

ابن رُشْد: قوله هذا على أن اليمين على نيَّة الحالف وتنويته مع أن ذلك شرط في عقد النكاح خلاف أصله فيها فيمن شرط لامرأته أن أمرها بيدها إن تزوج عليها أنه ليس له أن يناكرها، وقوله: (ينوي) يريد مع يمينه، لما في سماعه من الأيمان بالطلاق أنه

يحلف في هذه المسألة إذا طاع بذلك فأحرى في الشرط وتنويته إياه مع أنه إنما تزوج عليها، وهي في عصمته بعد أن طلقها ثلاثا وتزوجها بعد زوج على أصله فيها في أن من شرط لامرأته طلاق الداخلة عليها تنحل عنه بخروج زوجته من عصمته بالثلاث، خلاف نقل ابن حبيب رواية مُطَرِّف، وقول ابن الماجِشُون وابن أبي حازم وغيره من كبار أصحاب مالك أنها لا تنحل عنه؛ لأن الشرط في اليمين في الداخلة وليس فيها، ولو حلف بهذه اليمين تطوعا دون استحلاف، ولا شرط كانت له نيته على ما في الأيمان بالطلاق منها، ولا يكون له على القول أن اليمين على نيَّة المحلوف له، وإن لم يكن مستحلفا ففي تنويته، ثالثها: في الطوع سمعه عيسى من تزوج امرأة على إن تزوج عليها فأمرها بيدها أو هي طالق أو أمر التي يتزوج عليها بيدها أو هي طالق، وقال لم أرد بالطلاق والتمليك إلا واحدة لم يقبل قوله في التي تحته والطلاق فيه البتة إن تزوج عليها، وقوله في طلاق الثانية مقبول؛ لأن التي تحته لا تبين منه إلا بالبتة إن قبل قوله لم تنتفع بشرطها والأخرى الداخلة تبينها.

ابن رُشْد: تعليله هذا يدل على أنه إن تزوج عليها قبل البناء فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة؛ لأن الواحدة تبينها، وكذا إن كان التمليك في الداخلة فلم يعلم حتى بنى بها فلها أن تقضي بالثلاث، ولا مناكرة له، وقول ابن عبد السلام قال في سماع عيسى: إن كان لم يبن بها طلقت نفسها واحدة ليس لها أكثر من ذلك؛ لأنها تبين بها يقتضي أنه نص لا مفهوم صفة، وتعليل ولم أجده في العتبيَّة نصًا.

قُلتُ: ففي كون التمليك بشرط في عقد النكاح كغيره أو لا مناكرة فيه، ثالثها: إن قضت قبل البناء بها لتخريج ابن رُشْد من سماع ابن القاسم أن الشرط في النكاح على نيَّة الزوج والمشهور، ودليل سماع عيسى ابن القاسم.

اللخمي: إن طلقت المشترطة أمرها بيدها في عقد نكاحها نفسها بشرطها طلقة واحدة بعد البناء ففي كونها رجعية أو بائنة معروف المذهب، ونقل الشيخ عن سَحنون.

اللخمي: بناء على وقف البينونة بغير الثلاث على العوض وعدمه؛ لأن شرطها طلاقها إنما هو؛ لأن تملك نفسها، وأرى حمل اختيارها قبل البناء على واحدة، وقول ابن

القاسم إن طلقت بعد البناء واحدة جاز، وكانت رجعية على خلاف معروف المذهب في التمليك بالثلاث أنها إن قضت بواحدة سقط ما بيدها.

ولو شرطت إن تزوج عليها فأمر الثانية بيدها فالقضاء بواحدة؛ لأنه لها قبل البناء لوقفه على إسقاط ما بيدها إن بنى قبل إعلامها كان متعديا.

قال ابن القاسم في الموازيَّة: ولها أن تطلق بالثلاث وليس ذلك ببناء؛ يريد: أنه فاسد. قال: وإن طلقت واحدة فله الرجعة، وقال في العتبيَّة لا رجعة لمن بنى بزوجته حائضًا إن طلقها فعليه لا يكون لها القضاء إلا بواحدة والأول أبين، ولو قال إن تزوجت عليك فأنت طالق أو التي أتزوج إن جعل الطلاق في الثانية بانت بواحدة؛ لأنه قبل البناء، وإن جعله في الأولى ففي كونه البتة أو واحدة رجعية، ثالثها: بائنة لابن القاسم مع ابن وَهْب وأشهب قائلا: لأن شرطها الطلاق وهو واحدة، وتخريج اللخمي على قول سَحنون.

وزيادتها على الواحدة: بعد استقلال جوابها بها لغو في التمليك المطلق وقبله.

فيها: إن ملكها قبل البناء ولا نيَّة له فطلقت نفسها واحدة ثم واحدة ثم واحدة إن نسقتهن لزمته الثلاث إلا أن تنوي واحدة كطلاقه إياها، وتمليكه بلفظ التكرار يثبته لها في القضاء إن بقي المحل أو تجدد ما لم تسقطه أو توقف.

فيها: إن قال أنت طالق كلما شئت فلها القضاء مرة بعد مرة لا يزول ما بيدها إلا أن ترده أو توطأ طوعا أو توقف فلا قضاء لها بعد ذلك، وإن قال أمرك بيدك أمرك بيدك أمرك بيدك فله مناكرتها، ولو نوى بذلك الثلاث وقضت بواحدة فله الرجعة.

وسمع ابن القاسم: من قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت، قد قبلت، ثم قال: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت، ثم قال: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت، سئلت إن أرادت الطلاق فهي ثلاث.

ابن رُشْد: إن قال لم أنو شيئًا فواضح، وإن قال لم أرد إلا وحدة فروى محمد ثلاث، واختار قبول قوله ويحلف وقاله له عبد الملك.

محمد: ولو أجابت فقالت قد طلقت فكرر وكررت كذلك لكان ماضيا أي بالثلاث، وهذا بناء على مذهبه في قول المملكة طلقت نفسي أنها واحدة ولا تسأل،

وعلى قول ابن القاسم أنها تسأل لاحتمال أن تريد الثلاث، فيحتمل أن ينوي الزوج في أنه أراد التكرار لتبين ما أرادت فتكون واحدة على هذا التأويل، وروى محمد من ملك امرأته فقالت كم ملكتني فقال ملكتك مرة ومرة ومرة ففارقته ليس بثلاث إذا حلف أنه ما ملكها إلا واحدة.

التونسي: فيه إشكال؛ لأنه أبان بقوله مرة ومرة ومرة أنه ملكها ثلاثا مرار فيجب لكل تمليك طلقة فتكون ثلاثا إلا أن يكون قصد إلى حكاية الألفاظ أنها ثلاث مرات أراد بها تمليكا واحدًا فينوى، وجوابها بالكناية مدلوله كالزوج.

فيها: من ملك امرأته فقالت قد خليت سبيلك فهي ما نوت، فإن لم تنو في ثلاث لقول ملك ذلك في الرجل يقوله لامرأته وجوابها بمحتمل الطلاق وعدمه.

قال ابن رُشْد: كقولها: قد قبلت وقبلت أمري أو اخترت أو شئت أو رضيت تسأل عما أرادت، ويقبل ويجري على حكمه، وجوابها بما يحتمل الثلاث وما دونها.

ابن رُشْد: ألفاظه ثلاث الأول طلقت نفسي في كونها تسأل، ولو بعد المجلس في التمليك والتخيير، فإن لم تنو عددا فثلاث، وسؤالها كذلك إن لم تنوه فواحدة، ثالثها: لا تسأل وهي واحدة إلا أن تقول في المجلس نويت ثلاثا، ورابعها: لا تسأل وهي ثلاث إلى أن تقول نويت واحدة، وخامسها: الثالث في التمليك وفي التخيير تسأل إن قالت ثلاثا صدقت، وإن قالت أقل أو لم أنو شيئًا أو افترقا قبل سؤالها سقط خيارها لابن القاسم فيها، وغيره ولابن القاسم في الواضحة وأَصْبَغ وغيره وللثلاث في التمليك والواحدة في التخيير حكماهما في مناكرة الزوج وسقوط حقها في التخيير.

الثاني: قولها أنا طالق لا تسأل فيهما، وهي واحدة فيهما إلا أن تقول في المجلس نويت ثلاثا فيسقط التحريم بالواحدة ويناكر الزوج في الثلاث في التمليك لا أحفظ فيه نص خلاف، الثالث: قولها اخترت الطلاق، مقتضى الأصول تسأل فيهما لاحتمال الألف واللام الجنس فتكون ثلاثا والعهد للطلاق السيئ تكون طلقة، فإن لم تنو شيئًا كانت ثلاثا على قول أَصْبَغ في الواضحة وقول ابن القاسم في المدَوَّنة، وقولها طلقت نفسي ولا نيَّة لها أنها ثلاث ووحدة على قول ابن القاسم في الواضحة في طلقت نفسي واحدة، ويحتمل كون الألف واللام للعهد في الطلاق الذي ملكت إياه فتكون ثلاثا.

قُلتُ: قوله: (ويحتمل... إلخ) إن أراد به تقرير قولها ولا تسأل فواضح معنى بعيد في اللفظ، وإن أراد به تقرير لزوم الثلاث فبعيد إذ لا تحقيق دلالة لمحتمل. قال: وكان ابن زَرْب يتوقف عن جواب هذه المسألة إذ لم يجد لها في المدَوَّنة والعتبيَّة شفاء إلى إن وجد في زعمه ما دله على أنها واحدة إلا أن يريد الثلاث، وهو اختلاف ابن القاسم وابن وَهْب فيمن حلف غريمه بالطلاق ليقضينه حقه لأجل، فقال صاحب الحق: أردت ثلاثا، وقال الغريم أردت واحدة. قال: فلو لم تقع اللفظة إلا على الثلاث عند ابن القاسم لما قال القول قول صاحب الحق ولقال هي ثلاث.

قال صاحب الحق: إنه نواها أولم ينوها ولو لم يقع إلا على الثلاث عند ابن وَهْب لما قال القول قول الغريم، ولا دليل له في ذلك؛ لأن اللفظة قد يراد بها الواحدة، وقد يراد بها الثلاث على ما بيناه، فجعلها ابن القاسم ثلاثا على نيَّة المحلوف له، وجعلها ابن وَهْب على نيَّة الحالف، ولا إشكال مع وجود النيَّة بواحدة أو ثلاث إنما الإشكال عند عدمها والصحيح على قول ابن القاسم في المدَوَّنة ما ذكرته، واستدل بقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: 229] ولا دليل له فيها، واستدلاله بحديث زبراء. قالت: قلت: هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا له وجه. قال: فإن قيل لم لا تكون في التخيير ثلاثا بقولها اخترت الطلاق ولا نيَّة لها إذ لا خيار لها إلا في الثلاث.

قيل: يلزم في قولها في التخيير طلقت نفسي، ولا نيَّة لها أنها ثلاث إذ لا خيار لها في الثلاث وهو محال.

قال ابن رُشْد: ليس هو بمحال.

أَصْبَغ: يرى أنها ثلاث في التمليك فكيف بالخيار، وقاله ابن القاسم في المدَوَّنة.

وسمع ابن القاسم جواب مالك عن رجل بدوي قال: لامرأته أمرك بيدك، فقالت: التمسوا لي شقتي فأخذتها من البيت، ثم ذهبت لأهلها وارتحل عنها إلى سفر ولم يقل شيئًا وأرادت بنقلتها الطلاق ولم تقل شيئًا، ما أرى هذا إلا فراقا.

ابن رُشْد: إن لم تجب المملكة بشيء، وفعلت ما يشبه الجواب مثل أن تنتقل أو تنقل متاعها أو تخمر رأسها سئلت إن قالت لم أرد طلاقا صدقت. قاله ابن القاسم في المجموعة، واختلف إن أرادت الفراق ولا نيَّة لها، ففي العشرة ليحيى عن ابن القاسم

أنها ثلاث، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية: لا أرى ذلك إلا فراقا؛ لأن الفراق في المدخول بها ثلاث، وقال محمد هي واحدة، فلو سكت ولم ينكر فعلها حتى افترقا من المجلس، فقال محمد: تسأل إن قالت أردت ثلاثا فللزوج مناكرتها بنية يدعيها وقت التمليك ويحلف.

قال أَصْبَغ: يمينين يمينًا أنه لم يعلم أن ما فعلته يلزمه به البتة ولا رضي بذلك، ويمينا أنه نوى واحدة، وقال محمد: يجمع ذلك في يمين واحدة، وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم سكوته عن انتقالها دون سؤاله إياها في المجلس عن ما يريد بانتقالها يوجب بتاتها بكل حال ولا يناكرها إن أرادت الثلاث، ولا تصدق وإن قالت أردت واحدة، وقول ابن القاسم هذا على قياس قوله إن أرادت بانتقالها الفراق دون نيَّة في عدد الطلاق أنها ثلاث، وقول محمد أنها تسأل أيضًا بعد الافتراق صحيح على قياس قوله إن أرادت بانتقالها الفراق ولا نيَّة لها في عدد الطلاق أنها واحدة، وقوله يحلف أنه لم يعلم أن ما فعلته يلزمه به البتة ولا رضي بذلك فليس بملتئم على أصله أنها تسأل، فإن لم تكن لها نيَّة فهي واحدة.

وفيها مع غيرها: وطئه إياها طوعا يزيل ما بيدها، وإن ملك أمرها أجنبيًا فخلى بينه وبينها، وأمكنه منها زال ما بيده.

قُلتُ: فمجرد التمكين دون وطء كالوطء.

وفيها: إن أشهد أنه خيرها ثم وطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت ويعاقب الزوج، كما لو شرط إن تزوج عليها أو تسرر فأمرها بيدها ففعل ذلك، وهي لا تعلم لم يطأها حتى يعلمها، فإن وطئها قبل علمها فلها الخيار.

ابن رُشْد: إن قيدت قضاءها بمحتمل غير غالب كاخترت نفسي إن دخلت على ضرتي، أو إن قدم فلان ففي بقاء أمرها تقضي أو ترد، وسقوطه قولا ابن القاسم فيها وسَحنون.

[illegible] كإن حاضت فلانة تكون طالقا على قول ابن القاسم، وعلى قول أشهب تقضي أو ترد.

[illegible] أنه لا بد لا يكون في المدة التي يمكن أن تبلغها كاخترت نفسي إذا هل

الهلال، وبها يعلم أنه لا يكون كاخترت نفسي إن مسست السماء إسقاط لما بيدها.

قُلتُ: الجاري على قول سَحنون في أنت طالق إن شاء هذا الحجر لزوم قضائها.

قال: وجوابها بما ليس من معنى الطلاق كقولها أنا أشرب الماء وأنا أضرب عبدي يسقط ما بيدها ولا تصدق في إرادتها به طلاقا، ولو فوضت الأمر لغيرها كقولها شئت إن شاء فلان أو فوضت أمري إليه، فقيل: ذلك جائز إن كان حاضرًا أو قريب الغيبة، ففي سماع عيسى مثل ثلاثة أيام، وفي الواضحة لابن القاسم مثل اليوم وشبهه، وإن بعدت غيبته رجع أمرها إليها، وقال أَصْبَغ: لا ينتقل أمرها لغيرها ولو كان حاضرًا، وهو جار على رواية علي في كتاب الخيار منها.

قُلتُ: هي قول مالك فيها: من تزوج امرأة على إن نكح أو تسرر أو خرج بها من بلدها فأمرها بيد أمها فماتت الأم إن كانت أوصت بما كان لها من ذلك إلى أحد فذلك له.

ابن القاسم: فإن لم توصي فكأني رأيت مالكًا رأى ذلك للابنة، وقال ذلك لها، ولم أتثبته منه، وروى علي عن مالك أن ذلك لا يكون بيد أحد غير من جعله الزوج بيده؛ لأنه يقول لم أكن أرضى أن يكون إلا بيده لنظره وقلة عجلته.

قال ابن القاسم: وإن أوصت الأم إلى رجل، ولم يذكر ما كان لها في ابنتها لم يكن للوصي ولا للابنة من ذلك شيء.

عياض: اختلف هل قول ابن القاسم وفاق لما فهمه عن مالك وأنهما وجهان، وهو قول أكثرهم، وقيل: هو خلاف وبينهما في الوجهين.

وسمع عيسى ابن القاسم في النكاح: من زوج أمته على إن تزوج عليها أو تسرى فأمرها بيد مولاها، فهلك فأمرها بيد ورثته أو وصيه إن كان ورثته صغارًا لا بيدها.

ابن رُشْد: لأن الشرط في الأمة إن جعل بيد مولاها ورث بخلاف الحرة؛ لأن الأمة تملك، فإذا جعل بيد مولاها فمولاها كل من انتقل إليه الملك بميراث، وكذا كل مشيئة في ملك فهي تورث، ولو جعل الأمر بيد غير مولاها فهلك لم يكن بيد ورثته من ذلك شيء ورجع الأمر إليها؛ لأن الشرط إنما أخذ لها على رواية ابن القاسم في كتاب الخيار، وإن كان لم يتبين ذلك منه، ولو أوصى بذلك لأحد جازت وصيته بذلك. قاله مالك فيها، وبعد هذا في رسم استأذن قال: ولو قيدت القبول كقولها قبلت لأنظر في

أمري كان بيدها، وإن انقضى المجلس اتفاقًا حتى توقف.

وسمع ابن القاسم: من ملك امرأته فقالت قبلت لأنظر في أمرين فقال ليس ذلك لك، أو قال فانظري، أو قال انظري الآن وإلا فلا شيء لك.

قال مالك: ذلك بيدها حتى يوقفها السلطان.

ابن رُشْد: كان يمضي لنا في هذا عند من أدركنا من الشيوخ أنها مبينة لما في المدَوَّنة وأن ذلك لها على القول أنها ليس لها القضاء إلا في المجلس حتى يقفها السلطان، وأن المسألة تخرج من الخلاف إذا قالت ذلك بحضرة الزوج، ولم ينكر عليها، كقوله أمرك بيدك تنظرين لنفسك، وإن انقضى المجلس، ولو رد قولها لجرت على القولين، ولو قال: أمرك بيدك على أن تقضي في المجلس هذا أو تردى لم يكن لها قضاء بعده اتفاقًا، فقوله بانقضائه بالمجلس؛ لأنه رأى مواجهتها بالتمليك يقتضي جوابها في المجلس كالمبايعة، لو قال: رجل لآخر بعتك سلعتي بعشرة إن شئت فلم يقل أخذتها بذلك حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء اتفاقًا، وقوله بعدم انقضائه به؛ لأنه رأى التمليك خطيرًا يحتاج لنظر وروية بخلاف البيوع، وإذا وقفها الإمام بعد انقضاء المجلس فقالت أخرني أرى رأيي واستشير، فليس لها ذلك إنما ذلك في مجلسه على ما في سماع أشهب في الولي يوقف فيسأل أن يؤخر يرى رأيه، وما في سماعه من كتاب الشفعة في الشفيع يسأل أن يؤخر ليرى رأيه.

وقال بعض المتأخرين: يؤخر لذلك ثلاثة أيام على رواية ابن عبد الحَكم في الشفيع، ولحديث المصراة[1] أنه بالخيار ثلاثا ليرى رأيه في الأخذ والرد، وقوله ﷺ لعائشة لما خيرها: **«وما عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك»**[2] يحتمل كونه إعلاما

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3444) في باب باب من اشترى مصراة... من كتاب الإجارات، ولفظه: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء ردها وصاعا من طعام لا سمراء».

(2) أخرجه البخاري: 8/399 في تفسير سورة الأحزاب، باب ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، ومسلم: رقم (1475) في الطلاق، باب بيان تخيير امرأته لا يكون طلاق إلا بالنية، والترمذي: رقم (3202) في التفسير، باب ومن سورة الأحزاب، والنسائي: 6/159 و160 في الطلاق، باب التوقيت في الخيار.

بما هو من حقها أو بما طاع به لها.

قُلتُ: بعض المتأخرين هو اللخمي، وتخريجه على الشفعة رده ابن عبد السلام بأن المشتري غير مخاطب للشفيع والزوج مخاطب للمرأة، والخطاب يقتضي الجواب الحالي أحسن، ويرد بأن العصمة لا تقبل التأخير في احتمال حلها لملزومية الخيار وشبه نكاح المتعة.

قُلتُ: اختيار ابن القاسم قوله الأول انقضاءه بانقضاء المجلس وعليه جماعة الناس، الشيخ لأشهب في المجموعة: إنما قال مالك: لها ذلك بعد المجلس مرة ثم رجع إلى أن مات.

الباجي: وروى يحيى بن يحيى القول الأول في الموطأ وهو آخر من روى عنه، وهذا يدل أن مالكًا كان يترجح فيه، وأخذ أبو علي بن خيران بقوله الثاني.

أبو عمر: المشهور المعمول به الأول.

الباجي: وهذا إن لم تجب بشيء، ولو قالت: أمري فذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها في قولي مالك معًا.

قُلتُ: للشيخ عن الموازيَّة: إنما لها القضاء بالمجلس في قول مالك القديم إلا أن تقول قبل الافتراق قبلت أو رضيت أو اخترت ونحوه مما يعلم أنها لم تدع ما بيدها، ولا يدري أهو فراق أو ترك لما بيدها، فلا يزيل ما بيدها إلا إيقاف السلطان أو تمكنه من نفسها، ولو قال لها الزوج: لا أفارقك حتى يتبين فراقك أو ردك لم يكن له ذلك إلا بتوقيف السلطان، وكذا سمع ابن القاسم، وفي المجموعة للمغيرة: إن قالت قبلت أستشير أبي أو ذا الرأي من أهلي وانتهت إلى الحاكم ألزمها أن تقضي مجلسها أو تدع إلا أن يرى لذلك وجها فيمن لم تبعد غيبته.

قُلتُ: ظاهر كلام الباجي وما في الموازيَّة أن تغييرها كلامها بالتأخير يوجب بقاء حقها بعد المجلس على القولين معًا، ولو طلبها الزوج بالتعجيل خلاف ما تقدم لابن رُشْد أنه إن طلبها بالتعجيل دخلها القولان.

الباجي: هذا إن خاطبها بالطلاق ولو أرسل به إليها فلم تجب وانصرف عنها الرسول، فروى محمد: ذلك بيدها إلا أن يطول الزمان، ويظهر منها ما تفعله الراضية.

الباجي: والصواب أن يدخله القولان.

اللخمي: اختلف إن خيرها، وهي غائبة فقيل ذلك بيدها بعد المجلس إذ ليس ثم من تجاوبه ولا يطلبها بجواب، وهو أحسن، كمن قال: إن تزوجت فلانة فأمرها بيدها فلم تقض بحضرة العقد، أو إن غبت عنك سنة فأمرك بيدك فيغيب عنها سنة.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة منها عتيقة بذكر اختلف، ثم ذكره قولًا واحدًا فقط، والخلاف فيها منصوص تقدم في فائدة ذكره، ولها التلوم في فصل الشروط.

وفيها: إن قال اختباري اليوم كله فمضى اليوم، ولم تختر فلا خيار لها لقول مالك إن خيرها فلم تختر حتى افترقا من مجلسها فلا خيار لها، كذا إن مضى الوقت الذي جعل الخيار إليه، وأما قوله الآخر فلها الخيار، وإن مضى ذلك الوقت.

عياض: قوله: (ليس لها أن تختار بعد مضيه) ذهب كبار الشيوخ أن هذا على قوليه معًا، وقيل: تتخرج على القولين.

قُلتُ: اقتصار عياض على ما نقل، وعدم ذكره استدلال ابن القاسم إلى آخره محل بالعلم بدلالة قول ابن القاسم على تخريج المسألة على قولي مالك، ولذا قال إسماعيل القاضي: قياسها ابن القاسم على من ملك امرأته تمليكا مطلقًا لا يشبه؛ لأن من قيده بوقت لم يجعل لها بعده شيئًا، ولعبد الحق عن الشيخين أبي محمد وأبي الحسن لا خيار لها بعد اليوم على قولي مالك معًا. قال: وقول ابن القاسم في المدَوَّنة بين أن اختلاف قولي مالك جار فيها، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن على القول: أن لها القضاء بعد المجلس لا مناكرة للزوج بعد مجلس قضائها اتفاقًا.

[illegible] فيها: أن يعقد معها قدر ما يرى الناس أنها تختار في مثله، إن وثب حين ملكها؛ يريد: قطع ذلك عنها لم ينفعه، وفيما ينقضي به اختلاف ففيها إذا قامت من مجلسها فلا شيء لها بعد ذلك، وفي موضع آخر أما ما كان من طول المجلس، وذهاب عامة النهار، وعلما أنهما تركا ذلك فلا قضاء لها.

عياض: كل هذا وفاق وعامة النهار إنما هو في لفظ السائل لا أنه شرط على ما نبه عليه بعض المختصرين، وقول أشهب لها ذلك ما أقاما في المجلس وفاق، ثم قال عن بعضهم بعد انقضاء المجلس بالافتراق بالأجسام أو بالخروج عن ما كانا فيه أو بطوله

وذهاب عامة النهار قولان، وهو ظاهر الواضحة.

قُلتُ: ذكر الباجي لفظ ذهاب عامة النهار على أنه من قول مالك في المَدَوَّنة وساق قول أشهب مساق الخلاف، وهو ظاهر لفظ النوادر.

قال في الموازيَّة: إن طال المجلس عامة النهار أو خرجا إلى غير ذلك زال ما بيدها، وقال أشهب: ذلك بيدها ما أقاما في المجلس، واحتج بحديث عمر ما داما في المجلس.

قُلتُ: خروجها مما كانا فيه بذكرهما عوارض الإقامة من حال نفقة أو كسوة أو سكنى واضح في سقوط ما بيدها، وبغيره.

قال الشيخ لابن سَحنون: عنه لو خيرها وهي في فريضة صلاة فأتمتها فهي على حظها، وكذلك كانت في نافلة أتمتها أربع ركعات، وإن زادت حتى تبلغ ما يرى أنها به تاركته قد تستشير رأيها في أكثر من عشر ركعات، ولو خيرها فدعت بطعام فأكلته أو امتشطت أو اختضبت في مجلسها فهي على حقها.

الباجي عن سَحنون: إن امتشطت أو سكتت أو عملت عملا لم يقطع خيارها، وفيه نظر؛ لأن ترك ما كانا فيه قد يكون بالأعمال والنوم وطول المجلس، وعلى رواية بقائه بعد المجلس يوقفها الحاكم، وإن لم يطلبه الزوج لقولها في أنت طالق إن شئت ذلك لها، وإن افترقا ما لم توطأ، وأرى أن توقف فتقضي أو ترد، ومثله قول أبي عمر على أن لها القضاء بعد المجلس فله رفعها إلى الحاكم لتوقع أو تسقط إن أبت أسقط الحاكم تمليكها، ولما ذكر اللخمي قولي مالك في انقضائه بالمجلس قال: ويختلف على هذا في وقف الزوج لها على الأول يوقفها الآن وعلى الآخر لا يوقفها، ولها أن تفارق وترى رأيها، وفي النوادر لأَصْبَغ: إن رضيت بالخلوة وإرخاء الستر أو إغلاق باب فزعم أنه وطئها زال ما بيدها.

قُلتُ: ظاهره دون يمين، وفي إيلائها إن خلا بزوجته بعد رجعته إياها من طلاقها بالإيلاء في عدتها، وقال بعدها وطئتها فيها وأكذبته صدق مع يمينه.

عبد الحق: ابن حبيب: إن قالت عجل علي ولم نجلس ما أختار في مثله أو قالت وطئني كرها فالقول قوله فيهما.

اللخمي: إن اختلفا في الطوع والإكراه في القبلة صدقت بخلاف الوطء.

وسمع عيسى قول ابن القاسم وروايته، من ملك امرأته وقال بعد افتراقهما أسقطت ما جعلت لها، وقالت: بل اخترت نفسي صدقت، وكذا من ملك عبده العتق.

ابن رُشْد: هذا قولها في إرخاء الستور منها، وقال أشهب: القول قول الزوج، وهذا الخلاف مبني على أصل اختلف فيه قول ابن القاسم، وهو تصديق المأمور بإخلاء ذمته في دعواه إخلائها أو تعمير ذمة المأمور، وقال أشهب لا يصدق في ذلك، وقال ابن القاسم في السلم الثاني منها لا يصدق، وقال في الوكالات منها في مسألة اللؤلؤ يصدق، وإنما تصدق المرأة والعبد مع أيمانهما إن نكلا حلف الزوج والسيد وبقيت الزوجة في العصمة والعبد في الرق خلاف قول أَصْبَغ لا أيمان عليهما، وقوله: لأن نكولهما وحلفهما سواء معناه نكولهما كأيمانهما إذ لا ترجع عنده اليمين عليهما بنكولهما، وعلى انقضائه بالمجلس لو قال أمرك بيدك إن شئت، أو أنت طالق إن شئت في كونه يفوت بانقضاء المجلس، وكونه تفويضًا لا ينقطع به، ثالثها: في أمرك بيدك، ورابعها: عكسه، لابن محرز عن قولي ابن القاسم ومالك وعياض عن أبي التجا عن ابن القاسم.

وفي كون إذا كان واختصاصها بالتفويض نقل عياض وروايتي الشيوخ، وبالثانية قال أَصْبَغ: وفي الأيمان بالطلاق منها أنت طالق إن شئت أو إذا شئت فذلك لها، وإن افترقا حتى يوقف أو يتلذذ منها طائعة وكانت "إذا" عند مالك أشد من "إن" ثم سوى بينهما.

[باب التفويض]

جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثا حكما أو نصا عليها حقا لغيره(1).

(1) قال الرَّصاع: قوله: (نصا أو حكما) أخرج به التمليك والحكم كقوله خيرتك وما شابهه والنص ملكتك ثلاثا.

(فإن قلت): لأي شيء. قال الشيخ: هنا جعل الزوج إنشاء الطلاق ولم يقل في التمليك كذلك بل حذف الزوج وأتى بالكناية عن الطلاق وهلا قال كما تقدم فيقول جعل إنشائه ثلاثا حكما أو نصا حقا لغيره وهو أخصر من لفظه. (قُلتُ): هذا غير مطرد بتقدير الشارع هذا الحكم للغير.

(فإن قلت): إن صح الجواب هنا فإنه يرد على التمليك. (قُلتُ): لا يرد إذا تؤمل.

(فإن قلت): لسائل أن يقول إذا قال للزوجة قبل البناء خيرتك فله المناكرة، وإذا صحت المناكرة في العدد كان ذلك من صورة التمليك؛ لأن من خاصيته المناكرة لعدم الدلالة على الثلاث حكمًا أو نصًّا.

[باب في صيغة التخيير]

صيغته: فيها: اختاري أو اختاري نفسك، وروى محمد أو طلقي نفسك ثلاثا أو اختاري أمرك[1].

وفيها: إن قال اختاري أو اختاري نفسك، وقال: لم أرد الطلاق؛ بل أن تختاري أي ثوب أشتريه لك، فإن تقدم ما يدل على ذلك دين وإلا فهو البتات.

الباجي: إن قيد تخييره بما دون الثلاث فحكمه كالتمليك، وفي كراهته للزوج وإباحته.

نقل الباجي عن أبي بكر القاضي مع عبد الحق عن الشيخ عن بعض البغداديين قائلا: ككراهة إيقاع الثلاث، والباجي مع عبد الحق عن أبي عمران قائلا: ما علمت من كرهه إنما يكره للمرأة إيقاع الثلاث.

قُلتُ: تشبيهه بإيقاع الثلاث يوجب حرمته، وهو مقتضى قول اللخمي يمنع لمنع الزوج من إيقاع الثلاث وتوكيله عليه، فإن فعل انتزعه الحاكم من يدها ما لم توقع الثلاث، وفي قصره على الثلاث باختيارها نفسها، ولا مناكرة للزوج، ويسقط باختيارها زوجها كردها التخيير أو على واحدة بائنة، ورابعها: كالتمليك، وخامسها: الأول إن اختارت نفسها، وإن اختارت زوجها أو ردت الخيار فواحدة بائنة للمشهور، وعياض عن رواية ابن خويز منداد مع تأويله اللخمي عن حكاية ابن سَحنون عن أكثر

(قُلتُ): لعل جوابه أن يقول إن الصورة من التخيير ألحقت بالتمليك لقرينة، وفي الدعوى ما يصدقها وفيه بحث.

(فإن قلت): يرد أيضًا على حد التمليك إذا قال لها ملكتك طلقة فهذا تمليك، ولم يكن اللفظ راجحًا في الثلاث فيكون الحد غير منعكس ويقال أيضًا إذا كان التمليك شرطًا في أصل العقدة فلا مناكرة للزوج، وقد قلتم من لازمه صحة المناكرة.

(قُلتُ): يمكن الجواب أن يقال الرسم إنما هو للتمليك المطلق لا لتمليك خاص، وهذا تمليك في واحدة فتأمله ففيه بحث وهذه الأسئلة أقوى من أجوبتها.

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): مر لنا إشكال في فهم سر تعبيره في صيغة التخيير بما رأيته، ولم يعبر بذلك في صيغة التمليك، ولم يمض لنا قوة جواب بعد مراجعة فيه والله أعلم.

أصحابنا واختاره، وقول ابن الجهم مع ظاهر حكاية ابن سَحنون عن أكثر أصحابنا عند عياض، وظاهر قول سَحنون ورواية النقاش.

اللخمي: اختلف في قوله اختاري أمرك أو ملكتك أمرك.

قال محمد: في اختاري أمرك هي ثلاث لا ينوى، وقال ابن شعبان: فيها وفي ملكتك أمرك سواء يقبل قوله أنه أراد واحدة، وهو أحسن.

قُلتُ: هو نص سماع يحيى ابن القاسم، ولو قضت المدخول بها بطلقة، فقال اللخمي عن محمد: إن رضيها الزوج كانت رجعية، وإلا ففي سقوط خيارها وبقائه، ثالثها: تجب بها الثلاث للمشهور مع الأكثر وأشهب مع الشيخ عن روايتهن واللخمي عن عبد الملك وصوب الثاني، وفيها: قضاؤها بطلقتين كالواحدة.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن قالت طلقت نفسي واحدة بائنة فليس بشيء إنما لها القضاء بالبتة أو المقام.

ابن رُشْد: القياس أن تكون ثلاثا كما يكون في التمليك ثلاثا إلا أن يناكرها، وكقوله هو ذلك ابتداء وكذا لعيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة إن قالت طلقت نفسي واحدة بائنة أنها ثلاث ولا يناكرها وأنه إن ملكها واحدة بائنة فهي ثلاث إلا أن يناكرها.

اللخمي: لابن القاسم في الموازيَّة إن قالت أردت باخترت نفسي الصلح فهو صلح لا يراجعها إلا بنكاح جديد.

قُلتُ: سمع أَصْبَغ ابن القاسم إن ملكها فقالت: اخترت أمري، فقيل ما أردت فقالت الصلح فتفرقا على ذلك فلا يراجعها إلا بنكاح جديد، وإن خيرها فقالت مثل ذلك فهو صلح إن كان رضي بذلك.

قيل له إنما ظن أن ذلك يلزمه. قال قد رضيا ذلك فهو صلح.

أَصْبَغ: هذا على رأي من يرى قولها اخترت أمري، ولم يسم الصلح وأراد به شيئًا وأنا لا نراه؛ لأن قولها اخترت أمري في الخيار والتمليك فراقا؛ لأنه جوابا له الكلام إلى آخر قول أَصْبَغ.

ابن رُشْد: إنما ألزمه الصلح بقوله ذلك في التمليك والتخيير لرضى الزوج به، ولو

لم يرضه لم يلزمه شيء فيهما؛ لأنه لا يرى قولها اخترت أمري طلاقا، هذا ظاهر الرواية، ومعنى ذلك إن قالت أردت الصلح أو رضيت به، وإن قالت: أردت بذلك الذي اخترت طلقة الصلح أو طلاق الصلح لانبغى أن لا يكون في التخيير شيئًا، وان يكون له مناكرتها في التمليك كقولها اخترت واحدة بائنة، ونوقض قولها يسقط خيارها إن طلقت واحدة فقط بقولها إن قالت اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي أنها توقف الآن فتقضي أو ترد، ولذا قال ابن أبي زَمَنَيْن ضعف سَحنون هذا الجواب، وقال: هذا قطع لخيارها.

ويجاب بأن اختيارها الواحدة إبطال لما بيدها لعدولها عنه لما لا يستلزمه واختيارها نفسها إن دخلت عليها ضرتها ليس إبطالا لمالا بيدها لعدولها عنه لما يستلزمه من حيث ذاته؛ لأن الشيء مقيدا بصفة مستلزم لحقيقته من حيث ذاتها، ولعله مراد عبد الحق بقوله: رأى ابن القاسم أنها أجابت بالفراق إلا أنه علقته بصفة وهي دخول ضرتها، فلما لم يكن لها شرطها رجعت لأمرها، ورأيت في بعض تعاليق أبي عمران إن غفل حتى دخلت عليها ضرتها لزمها الفراق.

وفيها: قلت: إن قال لها اختاري في أن تطلقي نفسك تطليقة واحدة، وفي أن تقيمي، فقالت اخترت نفسي أيكون ثلاثا. قال: نزلت بالمدينة، فقال مالك له آلله ما أردت بقولك ذلك إلا واحدة. قال: والله ما أردت إلا واحدة. قال: هي واحدة.

قُلتُ: ما المسألة التي سئل مالك عنها. قال هي رجل قال لامرأته اختاري في واحدة فأجابه بما أخبرتك.

عياض: ظاهر قول ابن القاسم أنهما سواء، وعليه تأولها الشيخ وغيره واختصرها ابن أبي زَمَنَيْن زاد: قال ابن القاسم: ولا يمين عليه، وتأول آخرون أنهما مفترقان، وهو ظاهر كلام محمد لرفع الاحتمال بقوله تطليقة، بخلاف إذا لم يسمها كقوله تطليقة ولم يقل واحدة.

قُلتُ: في النوادر روى محمد: إن قال: اختاري واحدة حلف ما أراد إلا طلقة، وكذا قوله اختاري في أن تطلقي نفسك واحدة أو تقيمي.

محمد: لو بين فقال في أن تطلقي نفسك من الطلاق واحدة أو من الثلاث واحدة

ولم يحلف إنما حلفه مالك فيما احتمل أن يريد به مرة واحدة.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: إن قال اختاري في ثلاث فلها الخيار بواحدة من ثلاث أبين، ولو لم يقل "في" ولا "من" فاختارت أقل من ثلاث لم يلزمه شيء.

ابن سَحنون: عنه لها في قوله اختاري في ثلاث أو في الثلاث الخيار بثلاث أو أقل، ولو قال "من" لم يكن لها إلا بالأقل منها.

اللخمي: في اختاري تطليقتين، لها القضاء بهما إن قضت بواحدة لم يلزمه شيء، ومن تطليقتين لها القضاء بواحدة فقط، وفي تطليقتين فيها إنما لها القضاء بهما إن قضت بواحدة لم يلزمه شيء.

ابن سَحنون: لها القضاء بوحدة.

اللخمي: يحتمل أن يريد الخيار في القضاء أو الترك أو الخيار في العدد، فإن قضت بواحدة سئل إن قال أردت في العدد لزمت الواحدة، وإن قال في القضاء حلف ولها استئناف الخيار؛ لأنها تقول ظننت أنه أراد في العدد، وقال في الثمانية: إن قال ملكتك قضت بما شاءت، وفي الواضحة: إن قضت بواحدة فلا شيء لها والأول أحسن؛ لأن ملكتك يقتضي أن لها تتصرف وتصرف المالك بخلاف قوله طلقي نفسك ثلاثا ليس لها مخالفة أمره.

عياض: ما في الواضحة لأَصْبَغ قال مع عبد الحق، وفي كتاب ابن القصار: إن قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة، أو طلقي واحدة فطلقت ثلاثا لم يكن لها شيء.

الشيخ: روى الأخوان: من قال طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا أنها واحدة، وإن قال: ثلاثا فطلقت واحدة فلا شيء لها.

أَصْبَغ: لا شيء لها فيهما وروى مُطَرِّف إن ملكها في واحدة فقضت بالبتة فلا شيء لها؛ لأنها لا تتبعض، وقال المغيرة في البتة كقول مالك في الثلاث، وقال أَصْبَغ: لا شيء لها فيهما، ونقل ابن حارث عن ابن القاسم كرواية الأخوين مع ابن حبيب كأَصْبَغ، وعن ابن الماجِشُون كالمغيرة.

[illegible] في التمليك كالتمليك

وعليه روى اللخمي: إن قضت بواحدة لزمت. قال: وقال أَصْبَغ لا تلزمه

وكلاهما غير بين وأرى أن لا يلزم مع عدم النيَّة منهما أو من أحدهما إلا واحدة؛ لأن اختيار النفس لا يتضمن عددًا؛ بل البينونة بنفسها، ويصح بطلقة ويختلف إن خيرها قبل البناء، ولم تعلم إلا بعده، فعلى عدم ملكه الرجعة لفساد بنائه لا يقضى إلا بوحدة كمن لم يبن بها، وعلى ملكه الرجعة كالمخيرة بعد البناء.

عبد الحق: عن أبي عمران: لو طلق المملكة قبل قضائها، ثم تزوجها بعد عدتها أو خالعها قبل قضائها ثم تزوجها في العدة سقط ما بيدها، ولو كانت قيدت تمليكها بقولها قبلت؛ لأنه لو طلقها بعد العدة في الأولى، وفيها في الثانية لم يلزم طلاقها فلا تكون هي أقوى منه.

قُلتُ: يرد بما لو جن قبل قضائها كان لها القضاء، ولو طلقها حينئذ لم يلزم، والأظهر أن سقوط ما بيدها فيهما لدلالة رضاها بالعقد عليها ثانيا على تركه كتمكينها له نفسها، وسمع عيسى رواية ابن القاسم من قالت له امرأته خيرني أو ملكني ولك عشرة دنانير فأخذها وفعل وتواجبا ثم بدا لها قبل الإشهاد فلا رجوع لها في العشرة، تقضي أو تقيم إن اختارت نفسها كانت البتة، وإن قضت في التمليك ولم ينكر عليها في مجلسها لم تحل إلا بعد زوج، وإن قال لم أرد إلا واحدة حلف وقبل قوله وكانت طلقة بائنة، وإن أراد الصلح على ما ذكرت فهي إن بدا لها قبل الإشهاد، وكذا وقع الصلح فذلك لها ولا غرم عليها ولا طلاق على الزوج.

ابن رُشْد: لا خلاف أنه لا رجوع لها على الزوج في العشرة قضت أو ردت، واختلف قول مالك في تحول التخيير والتمليك بذلك عن سنتهما، فرأى مرة أنهما يحولان به تقع الطلقة فيهما بائنة للخلع وللزوج مناكرتها في الخيار كالتمليك، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وأبقاهما مرة على سنتهما فلا تقضي في التخيير إلا بالثلاث، ولا مناكرة فيه للزوج، ويناكرها في التمليك والطلقة فيه رجعية، وهو الآتي على ما في سماع ابن القاسم في رسم سعد، وأما إن تداعيا إلى الصلح وتراضيا عليه وأجاب بعضهما بعضا إليه فلكل منهما أن يرجع عنه ما لم يقع الصلح ويمضياه على أنفسهما، فإن وقع لم يكن لواحد منهما أن يرجع عنه ولزمهما التشاهد عليه، ومضى هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم، وهو الذي يأتي على ما في المدَوَّنة، وتقدم جوابها بالكناية.

والمشهور والنص فيها: إن أجابت بألفاظ ظاهرة المعاني كقولها اخترت نفسي أو قبلت نفسي أو طلقت نفسي منك ثلاثا أو بنت منك أو بنت مني فهو البتات ولا تسأل.

ابن رُشْد في أول مسألة من سماع أَصْبَغ: لا خلاف في قولها اخترت نفسي أنها ثلاث ولا تسأل عما أرادت بذلك، وقال ابن بشير قولها اخترت نفسي لا خلاف منصوص أنه يقتضي الثلاث، ووقع لأشهب ما يدل على أنه كقولها قبلت نفسي وفيه قولان.

قيل: محتمل يرجع فيه إلى تفسيرها، الثاني أن يقتضي الطلاق.

اللخمي عن ابن القاسم: إن قال اختاري نفسك فقالت قبلت أو رضيت أو شئت أو فعلت، سئلت كقولها قبلت امرأ واخترت، وقال ابن عبد الحَكَم: في فعلت هي ثلاث ولا تسأل، وكذا على قوله شئت أو اخترت وفعلت وهو أحسن؛ لأنه جواب بامتثالها ما جعل لها، وفي الموازيَّة: إن قالت تركتك أو اخرج عني أو لا يدخل علي إلا بإذن سئلت.

اللخمي: قولها تركتك فراق ولا تسأل فيه عن إرادة الفراق وتسأل عن عدده.

محمد: من قال لامرأته أتحبين أن أفارقك. قال: ما شئت. قال: شئت، ثم قال إنما شئت حبسك، هو فراق ويحلف ما أراد إلا واحدة.

قُلتُ: انظر تحليفه على واحدة مع قوله لم يرد طلاقا، ولعل مراده أنه يحلف ما أراد أكثر من واحدة وتقدم نحوه، وإن قال أمرك بيدك فاذهبي. قالت: قد ذهبت.

قال محمد: هو فراق، ولو لم يقل فاذهبي، فقالت ذهبت سئلت ما أرادت، وقال ابن القاسم: تسأل فيهما.

اللخمي: وهو أشبه؛ لأن معنى قوله اذهبي فانظر في ذلك، وقولها ذهبت امتثال لقوله، ولو كان قوله اذهبي طلاقا لزم دون جوابها.

وفيها قلت: إن قال اختاري أباك أو أمك. قال: قال مالك من قال لامرأته لكثرة ما تستأذنه للحمام اختاريني أو الحمام، أو لكثرة ما تستأذنه لغرفة جيرانها تغزل عندهم اختاريني أو الغرفة، إن لم يرد بذلك طلاقا فلا شيء عليه فكذا مسألتك.

ابن القاسم: معنى قوله إن أراد به الطلاق فهو الطلاق، وإن اختارت الشيء الذي

خيرها فيه، فإن لم تختره فلا شيء لها: وقال مالك: إن قال لها أكثرت الذهاب إلى الحمام اختاريني أو الحمام، فقالت: اخترت الحمام، سئل عن نيته إن أراد طلاقها فهو الطلاق، وإن لم يرده فلا شيء عليه.

اللخمي: إن أراد الطلاق ولم ينو عددا لزمه الثلاث، وإن قال: نويت واحدة ففي لزوم الثلاث أو واحدة قولا ابن القاسم وأَصْبَغ مع اللخمي وهو أشبه، ولو أبانها بعد تخييرها قبل قضائها فتزويجه إياها يسقط خيارها إن كان باختيارها وإلا لم يسقط كالأمة والبكر.

قُلتُ: الأظهر أن جواز نكاحه إحداهما كقول ثالث نكاحها من وطئ أمة بملك لم يعجبني أن يتزوج أختها إذ لا يجوز أن يتزوج إلا حيث يجوز له الوطء، وهذه أشد إذ قد قيل: عقده على الأخت يحرم فرج الأمة فيصح الوطء بنفس العقد، وليس كذلك في المخيرة.

الباجي عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: من قال: لختنته إن تكاريت لابنتك وخرجت بها من القرية فأمرها بيدك فتكارت لها لتخرجها، فأبى وبدا له، فله ذلك ولا شيء عليه، وهذا يدل على أن له الرجوع ما لم يوجد شرط التمليك، والأظهر لزوم ذلك بالعقد، ومعناه عندي أن له الرجوع في السبب بأن تمنع أمها الخروج بها، ولو أخرجتها لزمه التمليك، وتقدم كون غير الزوجة كالزوجة في انقطاع ما بيده بانقضاء المجلس.

اللخمي: من ملك أمر زوجته غيرها فغاب ببعد، وقد أشهد أنه على حقه فللزوج رفع ذلك إلى الحاكم لينزعه منه.

قُلتُ: قال ابن شاس: قيل: يسقط ما بيده وينتقل للزوجة؛ لأنه كالنائب عنها.

قُلتُ: الأظهر جريها على مسألة كتاب الخيار وقد تقدمت، ولابن رُشْد في نوازل سَحنون من كتاب الإيلاء ما نصه: حكى محمد عن ابن القاسم أن الأمر يرجع بيدها في بعيد الغيبة، ولم يأخذ به؛ لأنه يبعد أن يرجع بيدها ما جعله الزوج بيد غيرها غيرها.

اللخمي: ولو كان حين ملكه غائبا كتب له إن قرب يقضي أو يرد، وإن بعد فروى محمد: لا يقربها ويضرب لها أجل الإيلاء من يوم ترفعه إن لم يقدم طلق عليها الإيلاء.

محمد: إن قدم في عدته فقضى بطلاق لزم مع طلقة الإيلاء، وإن لم يقض به فله الرجعة، وقال مالك أيضًا: يرجع الأمر إليها.

اللخمي: يريد: إن كان لا يرجى قدومه في الأجل، واختلف قوله في هذا الأصل هل يعجل الطلقة؛ لأن الصبر لا يفيد، وهو مضرة عليها، أو لا يعجل رجاء انتقالها إلى الصبر؟ وإن طلق بالإيلاء فلها منعه الرجعة؛ لأنه ممنوع من الإصابة، وإن انقضت العدة لم يجز أن يتزوجها؛ لأنه ممنوع منها حتى يقدم، ولا يجوز تزويج من لا يحل وطئها ولا المتعة بها.

قُلتُ: في قوله: لها منعه الرجعة نظر لاحتمال ثبوت موت الغائب قبل انقضاء العدة فيسقط ما بيده فتتم رجعته دون وطء لانتفاء موجب منعه قبل انقضاء العدة كقول إيلائها إن حلف ألا يطأها ثمانية أشهر، فوقف لأربعة أشهر فلم يف فطلق عليه ثم ارتجع، فإن انقضت الأربعة الأخرى قبل تمام العدة، ولم يمس فرجعته ثابتة وإلا فلا، وفي نوازل سَحنون من الإيلاء: من جعل امرأته بيد رجل غائب عزل عنها، وضرب له أجل الإيلاء إن حل قبل علم حال الغائب طلق عليه، فإن ارتجع فذلك له، فإن علم أن الغائب أبى طلاقه ثبتت رجعته، وإن طلق عليه كانت ثانية وله أيضًا في ذلك الرجعة لا تكفي رجعته الأولى، وإن انقضت عدة طلقة الإيلاء قبل أن يعلم ما صنع الغائب بانت منه.

قُلتُ: فقد نص سَحنون على أن له الرجعة.

ابن رُشْد: مثل قول سَحنون، وروى محمد عن مالك وابن القاسم وفيئة هذا الإيلاء هي أن يعلم ما عند الغائب، وإن طلق عليه كانت طلقة ثانية، وارتجع إن شاء كما يرتجع غير المولي تصح رجعته بالقول دون وطء، وقول ابن عبد السلام في القول بضرب أجل الإيلاء في المنع بسبب اليمين نظر؛ لأن أصول المذهب تدل على أن شرط ضرب الأجل أن يكون الامتناع من الوطء بسبب يمين اقتضت ذلك ولا يمين هاهنا، يرد بمنع حصر ضرب أجل الإيلاء في المنع بسبب اليمين؛ بل في المنع بسبب من الزوج ولو كان غير يمين، ولذا قال ابن رُشْد في المسألة: إنما يعزل عن امرأته؛ لأنه جعل طلاقها بيد غيره حتى يعلم ما عنده، ولما كان الامتناع من الوطء بسببه دخل عليه الإيلاء إن طلبت المرأة المسيس.

الشيخ عن الموازيَّة: لو أراد من ملكه الزوج أمر امرأته طلاقها فلها منعه إن أبى منعه الإمام، وسقط ما بيده ولو سبق فراقه لزم.

محمد: هذا إن كانت سألت الزوج ذلك، وأراد سرورها بذلك، وإلا فلا منع لها عليه، وقاله مالك فيمن جعل أمرها بيد أبيها.

وسمع ابن القاسم: من خير امرأته قبل البناء، ولم تحض فاختارت فهو طلاق، وإن بلغت في حالها؛ يريد: مبلغ التي توطأ فيما ظننت.

سَحنون: لها الخيار وإن لم تبلغ؛ لأنه هذا الذي جعل ذلك لأبيها.

ابن رُشْد: القائل "يريد" هو ابن القاسم، ولمالك في رسم بع من سماع عيسى لزوم طلاقها، وإن لم تبلغ مبلغ أن توطأ إن عقلت وعرفت ما ملكت فيه، ومثله لابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب النكاح، فتفسيره هذا القول مالك ضعيف، إذ الموجود له ولمالك خلافه، ولو كانت صغيرة لم تعقل معنى الخيار والطلاق لاستؤني بها حتى تعقل. قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد في النكاح، وهو مفسر لقول مالك هنا، وقول سَحنون لها الخيار، وإن لم تبلغ يحتمل أن يريد وإن لم تبلغ المحيض أو إن لم تبلغ أن توطأ إن بلغت مبلغا تعقل فيه معنى الطلاق والخيار، فليس قوله بخلاف لقول مالك ومن تأول عليه أنه أراد أن لها الخيار، وإن لم تبلغ ما تعرف فيه معنى الطلاق فقد أبعد.

قُلتُ: هو ظاهر قول اللخمي اختلف إن خيرها وهي صغيرة فاختارت نفسها، فذكر قول مالك وابن القاسم. قال: وقال أشهب وعبد الملك ذلك خيار، وإن كانت صغيرة، وهذا بين إن كانت ممن يعقل مثل ذلك، وإن كانت لا تعرف الصلاح من الفساد، وأما إن كانت صغيرة وهو أبين إن كانت ممن يعقل مثل ذلك، وإن كانت لا تعرف الصلاح والفساد، وأما إن كانت لها السنتان والثلاث فليس قضاؤها بشيء، ولابن القاسم في العتبيَّة: من تزوج صغيرة على إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج عليها، إن عرفت الطلاق والخيار خيرت وإلا استؤني بها حتى تعرف، ولو تزوجها على أن أمر من يتزوج عليها بيدها فتزوج عليها، وهي صغيرة لا تعقل فسخ النكاح؛ يريد: لأنه موقوف لمنع الزوج منها إلى مدة تعقل فيها، وعلى قول أشهب وعبد الملك يجوز

النكاح ولها الخيار الآن، ولعبد الملك في المجموعة أو خيرها وهي في عقلها ثم غمرت لم يجر قضاؤها حينئذ، وإن خيرها، وهي مغمورة فاختارت جاز قضاؤها لأنها في حد رضي قضاؤها فيه.

قُلتُ: زاد الشيخ في النوادر إثر هذا الكلام: وكذا لو ملك صبيا أمر امرأته جاز قضاؤه إن كان يعقل ما جعل له، وما يجيب به، فإن كان يخلط في كلامه، ولا يعقل ما جعل له لم يجزه.

قُلتُ: قوله في المغمورة خلاف قوله في الصبي.

زاد الشيخ عن ابن سَحنون: عنه إن جعل أمرها بيد صبي أو امرأة أو ذمي فطلق عليه لزمه.

فيما معلق في التخيير [illegible]

فيها: إن قال لها إذا جاء غد فقد خيرتك، وقفت إلا أن تقضي أو ترد، وإن ملكها إلى أجل فلها أن تقضي مكانها.

الشيخ عن الموازيَّة: إن ملكها إلى سنة ثم وطئها وجهلا زال ما بيدها، ولو قال إن قدم أبي لم يزل ذلك وطئه قبل قدوم أبيه، وله في آخر الباب عن ابن حبيب عن أَصْبَغ إن جعل أمرها بيدها إلى أجل أو بيد غيرها فلا يقطعه الوطء، وقاله ابن الماجِشُون وبه أقول.

قال أَصْبَغ: بخلاف المملكة إلى غير أجل، وابن القاسم يساوى بينهما.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من قال لرجل كلما جاء شهر وكلما حاضت امرأتي حيضة فأمرها بيدك أنه، يوقف من جعل ذلك بيده فإن طلق ثلاثا جاز ذلك، وإن أبى أن يطلق سقط ما بيده، ولا رجوع للزوج قبل وقفه.

ابن رُشْد: مساواته بين كلما جاء شهر أو كلما حاضت امرأتي على أصله في مساواة تعجيل الطلاق وبين قوله امرأتي طالق كلما جاء شهر أو كلما حاضت حيضة، ولا مناكرة للزوج في ذلك لقوله كلما، وعلى قول من رأى كلما حاضت امرأتي حيضة فهي طالق أنه يلزمه طلقة إن كانت أمة وطلقتان إن كانت حرة يكون للزوج المناكرة إن طلق المملك ثلاثا في الحرة وطلقتين في الأمة، وعلى قول أشهب لا توقف في قوله أمرها

بيدك كلما حاضت حيضة، ولا يكون بيده شيء حتى تحيض، وكذا كلما حاضت ما يقي من طلاق ذلك الملك شيء، ولا يسقط حق المملكة في ذلك الوطء؛ لأنه على مذهبه كمن قال كلما فعلت فلانة كذا فأمرها بيدها.

وفي مختصر ما ليس في المختصر: من ملك امرأته أمرها أو رجلًا أجنبيًا لأجل لا قضاء لواحد منهما حتى يأتي الأجل وللزوج الوطء في الأجل، والمشهور تعجيل التوقيف في ذلك كالطلاق، وأن الوطء بعلم المملك يسقط حقه، وقال أَصْبَغ: لا يسقطه، وقيل: يسقط إن كان المملك الزوجة، ولا يسقطه إن كان أجنبيًا. قاله ابن الماجِشُون وابن حبيب.

وروى اللخمي: من قال: لامرأته إذا جاء غد فأمرك بيدك وقفت الآن فتقضي إلا أن يصيبها قبل ذلك فيسقط ما بيدها؛ يريد: إن علمت أن لها الخيار الآن، وإن جهلت ذلك لم يسقط ما بيدها، وعلى أحد قولي مالك في جواز التأجيل لا قضاء لها قبل الغد.

قلت لابن حارث: من طلق إلى وقت يأتي بكل حال عجل اتفاقًان، وفي النوادر عن المجموعة قال: من أنكح رجلًا على إن غاب سنة فأمرها إلي، فغابها فطلق عليه واعتدت وتزوجت، ثم قدم فأقام بينة أنه قدم إليها قبل السنة. قال: ترد إليه، وكذا لو شرط إن لم يبعث النفقة إلى وقت كذا فأمرك بيدك، فجاء الوقت فطلبت ذلك بالبينة عندك فطلقت فلها أن تنكح، ولا تنتظر لما عسى أن له حجة، فإن قدم فأقام بينة أنه كان ينفق سقط التمليك، ونزعت من الآخر، ونقلها اللخمي من المجموعة معزوة لابن القاسم بزيادة نزعت من الآخر وإن دخل. قال: يريد؛ لأن هذا تعدٍّ من المرأة كمن علمت برجعة زوجها لها ثم تزوجت، وكمن باع سلعة ثم تعد أو باعها من آخر، ولو ثبت أنه بعث بالنفقة فأمسكها من بعثت معه، ولم يعلمها كان الطلاق ماضيًا ولم ترد، ولو أثبت رجل دينا على غائب فبيعت له داره ثم قدم فأثبت أنه كان قضاه لم يرد البيع إذا فات، وإن كان القائم بالبيع متعديا؛ لأن التعدي على الذمة فبيع ذلك ناشئ من التعدي والتعدي في الزوجة على عين المبيع فأشبه ما غصبت عينه، ثم بيع بياعات بوجه شبهة فلا يقطع ذلك حق صاحبه، وقال ابن شاس في مسألة المملكة بالغيبة فرقوا بين أن تعلم بقدومه أولا، فإن علمت فسخ نكاح الثاني، وإن لم تعلم جرى على الخلاف

فيمن طلق ثم ارتجع فلم تعلم برجعته حتى تزوجت، وفي ذلك قولان ومثله لابن الحاجب، وفي قولهما فسخ إجمال لاحتمال كونه مطلقًا أو ما لم يبن بها الثاني، وظاهر الرواية في المملكة فسخه مطلقًا، وفي تقسيمهما حال المملكة إلى كونها عالمة أو غير عالمة نظر؛ لأن نص الرواية أنه أقام بينة أنه قدم إليها وانه كان ينفق، وقدومه عليها ونفقته عليها ملزومان لعلمها ذلك، ومثل تقسيميهما حال المملكة للعلم وعدمه قول ابن عبد السلام إثر ذكره المسألتين، وإنما يكون علم المرأة معتبرًا في فسخ النكاح إذا قيد إقرارها بالشهادة قبل نكاح الثاني، وإلا لم يلتفت إليه؛ لأنه تتهم على فسخ نكاح الثاني، وتقدم حكم من عتقت تحت عبد غائب وتزوجت ثم ثبت عتقه قبل عتقها والخيار بالسنة أقوى من خيار الاقتراف.

وفيها: إن قال لها إذا قدم فلان فاختار فذلك لها إذا قدم ولا يحال بينه وبين وطئها، فإن وطئها بعد قدوم فلان، ولم تعلم المرأة بقدومه فلها أن تختار حين تعلم، وإن ثبت لها خيار في نفسها فأعطاها مالا على أن تختاره ففعلت لزمه، وفي سماع أَصْبَغ في النكاح قال أشهب: من شرط لامرأته إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج عليها، وهي لا تعلم وماتت المرأة التي تزوج عليها أو طلقها ثم علمت فلها الخيار.

ابن رُشْد: لأنه وجب لها بتزويجه فلا يسقطه موت ولا طلاق، ولو تزوجها على أن أمر كل من يتزوج عليها بيدها فتزوج عليها، ولم تعلم حتى طلقها طلاقا بائنًا ففي بقاء ما كان بيدها وسقوطه قولا أَصْبَغ مع سماعه ابن القاسم وسَحنون مع ابن الماجِشُون.

باب في الرجعة

الرجعة: رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها، فتخرج المراجعة[1]، وعلى رأي رفع إيجاب الطلاق حرمة المتعة بالزوجة بانقضاء عدتها[2]، وقول ابن

(1) قال الرَّصاع: لم أر الشيخ حدها ويمكن أنه رأى أنها تدخل تحت حد النكاح؛ لأن النكاح إما بمراجعة أو بغيرها فيقال فيها نكاح من زوج في زوجة أبانها بغير الثلاث.

(2) قال الرَّصاع: الرجعة تقال بفتح الراء وكسرها وصوب الجوهري الفتح ووقع في استعمال الفقهاء بالكسر والله أعلم.

قال الشيخ ﵀: (رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها قال فتخرج المراجعة قال وعلى رأي رفع إيجاب الطلاق حرمة المتعة بالزوجة بانقضاء عدتها)، ثم نقل عن ابن الحاجب أنه حد الرجعة بقوله رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع بعد دخول ووطء جائز.

قال الشيخ: (قبلوه ويبطل طرده بتزويج من صح رجعتها بعد انقضاء عدتها) فنقول قول ابن الحاجب: رد المعتدة كأنه كالجنس؛ لأنه يشمل إذا رد معتدة مع كون الطلاق بائنا ويشمل غيره وقوله المعتدة احترز به إذا خرجت من العدة فإنها مراجعة لا رجعة قوله عن طلاق قاصر؛ أي: رد المعتدة عن تحريم المتعة بالطلاق قوله قاصر عن الغاية احترز به إذا ردها بعد غاية الطلاق إما بالثلاث في الحر أو باثنين في غيره فإن ذلك ليس برجعة.

قوله: (ابتداء) قرره الشيخ ابن عبد السلام بوجهين انظره قوله غير خلع أخرج به طلاق الخلع؛ لأن ما يقع بعده مراجعة لا رجعة وكذلك بعد دخول... إلخ انظر شارحه، وما أورد عليه من الأسئلة، وفي بعض أجوبتها بحث لا يخفى فلنرجع إلى اعتراض الشيخ على هذا الرسم، وما ذكر من أنه اختص به بعد أن قبله شراحه قوله ويبطل إلخ معناه فيما يظهر أن من طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم خرجت من العدة ثم تزوجها بعد فإنه يصدق فيها الحد وليس ذلك برجعة.

(فإن قلت): كيف يقول الشيخ قبلوه، وقد استحضر الشيخ ابن عبد السلام مثل هذا الرد وأخرجه من كلام ابن الحاجب لأجل قوله المعتدة؛ لأن هذه ليست بمعتدة.

(قُلتُ): لعله مضى على أن اسم الفاعل أو المفعول إطلاقه على ما مضى حقيقة وفيه نظر؛ لأن هذا خلاف ما ينص عليه في اللعان ووجد بخط الشيخ هنا في رده على ابن الحاجب في مبيضته كلام يتأمل فيه ولفظه فإن قيل هي بعد العدة غير معتدة منع؛ لأن المشتق من معنى لا يصدق إلا بعد تمام حصوله لا قبل تمامه كالقاتل ولقولها إن قالت المعتدة قد دخلت في دم الحيضة الثالثة ثم قالت كنت كاذبة انتهى.

وتأمل هذا الكلام فإنه يلزم عليه إلزامات شنيعة، وأما حد الشيخ فالمحدود هو المصدر ولذا أتى بالرفع وهو مصدر والرفع جنس وذكر الزوج أخرج به رفع غيره، ولم يعين: ما يقع به رفع الحرمة، وهو ما تقع به الرجعة والمرفوع به نيَّة ولفظ، ولا يقع ذلك بالنيَّة وحدها على الصحيح، والإشهاد عليها ليس بشرط على المشهور.

فإن قال: متى طلقتك فقد ارتجعتك فهل تصح الرجعة بذلك قال في سماع القرينين: لا تصح بذلك قال ابن رُشْد: لأن الرجعة لا بد فيها من النيَّة بعد الطلاق.

(فإن قلت): إن قال إن تزوجتها فقد طلقتها، فإن الطلاق لازم فما الفرق.

(قُلتُ): قال ابن رُشْد: الطلاق حق على الرجل والرجعة حق له والذي عليه يلزمه بالتزامه والذي له ليس له أخذه قبل أن يجب انظره والله أعلم قوله: (أو الحاكم) أشار به إلى إدخال ما إذا طلق في الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يحكم عليه بالرجعة.

(فإن قلت): كيف يحكم عليه بالرجعة. (قُلتُ): كما يحكم عليه برفع الحرمة.

الحاجب "رد المتعة عن طلاق قاصرٍ عن الغاية ابتداءً غير خلع بعد دخول ووطء جائز قبلوه، ويبطل طرده بتزويج من صح رجعتها بعد انقضاء عدتها؛ لأن الاسم المشتق محكوم عليه لا به.

وشرطها ثبوت بنائه بها، ومثبته ما تقدم في الإحلال، وفي شرط الوطء بجوازه قولا المشهور وتخريج اللخمي على قول ابن الماجِشُون وطء الحائض يحل. قال: والوطء في الصوم التطوع والاعتكاف غير منذور معتبر لبطلانها بأول الملاقات والإمساك بعدها لا يجب وذكره قبل هذا في بعض فصول أول باب من إرخاء الستور عنه نصًا، ولمن طلق عليه لعسر نفقة أو عيب الرجعة إن أيسر في العدة، أو ذهب عيبه، وإلا فلا إن لم ترض، ويختلف إن رضيت فيهما أو في الإيلاء بعدم إصابته، ففي صحة رجعته قولا ابن القاسم مع الأخوين في الإيلاء وسَحنون فيه وفي المعسر.

(فإن قلت): ظاهره أن حرمة المتعة ترتفع برجعة الحاكم فيصح وطء الزوج بها، وهو لا يجوز.

(قُلتُ): بل الأصح جواز الوطء بذلك عند المحققين قوله: (حرمة المتعة) هذا هو المرفوع، واحترز به من رفع الحلية قوله: (بطلاقها) متعلق بالحرمة واحترز به من رفع الزوج الحرمة بغير الطلاق كما إذا رفع حرمة الظهار.

(فإن قلت): إذا وقع الظهار فإنما يحرم الوطء، وأما المتعة فلا فلا يدخل الظهار في الحد فكيف يخرج منه ما لا دخول له.

(قُلتُ): بل تحرم المتعة كالقبلة وما شابهها، وقيل: يستحب له ترك ذلك، وقول الشيخ: (فتخرج المراجعة) إنما خرجت؛ لأنها مفاعلة من الجانبين والرجعة من جانب واحد فخرجت من قوله: (رفع الزوج) وقول الشيخ: (وعلى رأي) إلخ هذا أشار به إلى ما ذكرناه من الخلاف في كلام القاضي وابن بشير، وأشار إلى هذا آخر الرجعة، وقد قدمناه في رسم الطلاق، وهو أن عياضا يقول: إنها محرمة حتى يرتجع وابن بشير يقول إنها على الإباحة، وتقدم إشكال هذه الزيادة هنا، ولم يزدها في الطلاق، وما أشرنا إليه من عياض هو نص المدَوَّنة في قوله لا يرى شعرها ولا يتلذذ بها.

(فإن قلت): ما سر كون الشيخ: قال في الطلاق صفة حكمية توجب الرفع إلخ، ولم يقل هنا في الرجعة صفة حكمية توجب إباحة المتعة إلخ.

(قُلتُ): لعله رأى: أن الرجعة عرفا المراد به المصدر، وذلك المصدر يستلزم معنى يتصف به الزوج كالتطهير مع الطهارة والطلاق المراد منه عرفا المعنى أو الصفة، وإن كان مرادا به التطليق أيضًا، والتطليق غير الصفة فيصح مراعاة الصفة، ويصح مراعاة الفعل فراعى ما غلب في الاستعمال وفيه نظر؛ لأن ذلك يحتاج إلى تحقيق الاستعمال وغلبته، والله الموفق للصواب وهو أعلم.

وفيها: إن طلقها قبل أن يعلم له بها خلوة ثم أراد ارتجاعها وادعى الوطء وأكذبته فلا عدة عليها ولا رجعة له.

أشهب: ولو أقام بينة على إقراره قبل الفراق فوطئها لم ينتفع بذلك، ولا رجعة له وإن صدقته إذ ليس ببناء معلوم ولتعد إن صدقته ولها عليه السكنى والنفقة، وإن أكذبته في شيء من الثلاثة، وإن أقاما بينة على إقرارهما بذلك قبل الطلاق لم يصدقا وعليها العدة وعليه النفقة والكسوة ولا رجعة له.

ولأشهب في أمهات الأولاد: من طلق قبل البناء فلا رجعة له فإن ظهر بالزوجة حمل فادعاه لحق به وجازت له الرجعة.

فإن قلت: ظاهر قولها مع غيرها أنه إن كان طلاقه قبل أن يعلم له به خلوة أنه لا رجعة له، ولا يقبل قوله في ذلك، وهو نص اللخمي عن المذهب، ونصوص الموثقين مقتضية قبول قوله.

قال المتيطي وغيره: إذا أشهد الزوج بالرجعة وأراد أن يعقد بذلك عقدا كتبت ارتجع فلان زوجه فلانة بعد طلقة كان طلقها بعد بنائه بها منذ عشرين يومًا بها وجب له من رجعتها إلى آخره، ومثل عمل أهل الزمان.

قُلتُ: محمل ما ذكره المتيطي وغيره فيمن صدر منه طلاقه مقيدًا بكونه بعد البناء، ومحمل ما في المدَوَّنة وغيرها فيمن صدر منه الطلاق غير مقيد بكونه بعد البناء.

قُلتُ: إن خلا بها وأمكن منها في بيت أهلها غير دخول البناء وادعى الوطء وأكذبته فعليها العدة ولا رجعة له.

اللخمي: تثبت الرجعة بالخلوة وتصادقهما على الإصابة، ولو كانت خلوة زيارة، واختلف إن أكذبته بدعوى الإصابة فروى ابن عبد الحكم لا رجعة، وقال محمد: حيث يقبل قولها في الصداق ويقبل في ثبوت الرجعة والعدة ودفع الصداق، وظاهر قول ابن القاسم تصح في خلوة البناء لا الزيارة.

وتثبت في الفاسد الذي يفوت بالبناء، والمعتدة إن ادعت انقضاء عدتها بوضع أو سقط صدقت.

فيها: إن قالت أسقطت فذلك لا يخفى عن جيرانها، والشأن تصديقها بغير يمين

وإن بعد يوم طلاقها أو أقل، ولا أنظر إلى الجيران لأنهن مأمونات على فروجهن، ولو رجعت فقالت كنت كاذبة لم تصدق وبانت بأول قولها، والسقط ما تكون به الأمة أم ولد في استبرائها إن ألقت مضغة أو دمًا أو شيئًا يستيقن النساء أنه ولد فاستبراؤها ينقضي به كما تنقضي بذلك عدة الحرة وتكون الأمة به أم ولد، وقال أشهب: الدم المجتمع لغو، وعكس عياض العزو فعزا لابن القاسم قول أشهب وله قول ابن القاسم والمعتبر من الدم المجتمع ما لا يتفرق بجعله في ماء سخن. قاله بعضهم وهو حسن.

وفيها: وإن ادعت الأمة أنها أسقطت فالسقط لا يخفى دمه وينظر إليها النساء إن كان بها ما يعلم أنها أسقطت.

قُلتُ: هذا في الأمة في الاستبراء، وفي كونها كذلك في العدة أو كالحرة نظر، وفي أمهات الأولاد قال مالك في المطلقة: تدعي أنها أسقطت ولا يعلم ذلك إلا بقولها لا يكاد يخفى عن الجيران السقط والولادة، وأنها لوجوه تصدق النساء فيها وهو الشأن، ولكن لا يكاد يخفى عن الجيران.

اللخمي: إن ادعت انقضاءها في مدة تنقضي فيها الأقراء الثلاثة في غالب النساء صدقت، ولا رجعة لزوجها وحلت لغيره في مدة لا تنقضي فيها بحال لم تصدق، وفي مدة تنقضي فيها نادرا اختلف في تصديقها، ففيها لمالك إن ادعته لشهر سئل النساء، فإن قلن ذلك صدقت، وروى محمد لا تصدق في شهر، وقال أيضًا: ولا في شهر ونصف، وأرى أن تسأل المرأة، فإن قالت: طلقت آخر الطهر قرب قبول قولها، وتسأل إن ادعت النادر من عادة النساء، فإن قالت كانت عادتها على المعتاد، وانتقلت بعد الطلاق للنادر لم تصدق، وإن قالت كانت عادتي قبله على النادر وصدقها الزوج صدقت، وإن أكذبها لم تصدق.

قُلتُ: في أقل ما يقبل فيه قولها أحد عشر قولا.

الشيخ عن الموازيَّة: قيل تصدق في شهر وليس بشيء، وروى ابن وَهْب: إن صدقها النساء فيه حلت، وروى أشهب: لا تصدق أربعين يومًا إلا أن يكون عند النساء معروفًا، وروى ابن وَهْب أن أبان بن عثمان صدقها في خمس وأربعين ليلة وحلفها.

أشهب: لا تحلف إن حاض النساء في مثل ذلك ثلاث حيض، وفيها لسَحنون: وليس العمل على أن تحلف.

الشيخ: وروى محمد لا تصدق في شهر ونصف، وروى المتيطي تصدق في خمسة وأربعين يومًا، وقال عبد الملك أقله خمسون يومًا.

ابن العربي: قلت: الأديان في الذكران فكيف بالنسوان فلا تمكن المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا تسأل هل كان الطلاق أول الطهر أو آخره، وتقدم للخمي أنها تسأل عن ذلك، ونحوه نقل الشيخ عن أشهب تصدق في الحيضة للأولى، ولو قالت: حضتها يوم طلقني وينظر في الحيضتين وطهرها كم قدر ذلك فتصدق في مثله.

قُلتُ: على قول ابن الماجِشُون أن أقل الطهر خمسة أيام وأقل الحيض خمسة أيام تنقضي عدتها في خمسة وعشرين يومًا غير يوم طلاقها، وعلى تصديقها في الأقل في حلفها، ثالثها: إن صدقها النساء لم تحلف لظاهر متقدم قول ابن وَهْب وسَحنون وأشهب، وخرج بعضهم وهو ابن رُشْد فيما أظن تحليفها على توجه يمين التهمة. قال: فإن نكلت لم يحلف الزوج على الصحيح من القول ومنعت التزويج لمضي المعتاد في انقضاء العدد.

وفيها: إن قالت في قدر ما تحيض فيه ثلاث حيض دخلت في دم الحيضة الثالثة، ثم قالت: مكانها أنها كاذبة، وما دخلت في دم الحيضة الثالثة، ونظر النساء إليها فوجدنها غير حائض، لم ينظر إلى نظر النساء إليها وبانت حين قالت ذلك إن كان في مقدار ما تحيض له النساء.

ابن الحاجب: ولا يفيد تكذيبها نفسها، ولا أنها رأت أول الدم وانقطع ولا رؤية النساء لها في وضع ولا حيض.

ابن عبد السلام: في هذا الوجه عندي نظر، وقد اضطرب المذهب هل تخرج المعتدة بنفس دخولها في الدم الثالث تمادى بها أو لا؟ والأكثرون على شروط التمادي، وإن كان مذهبهم أن الأصل تماديه إلا أنه إذا تحقق انقطاعه بعد ساعة من ظهوره لم يعتبر في عدة ولا استبراء، فعلى هذا إذا قالت: انقضت عدتي عندما رأته بناء منها على

أنه يتمادى ثم انقطع فأخبرت بانقطاعه، ينبغي أن يقبل قولها، وكما هي مؤتمنة على وجوده أولا فهي مؤتمنة على تماديه وانقطاعه.

قُلتُ: من نظر وأنصف علم أنه قبل نقل ابن الحاجب أن المذهب أنها إذا قالت رأيت أول الدم وانقطع أنه لا يقبل قولها، وأنه اختار من عند نفسه قبول قولها، وليس المذهب كما زعماه؛ لأنها إذا قالت: رأيت أول دم الحيضة الثالثة، ثم قالت: قد انقطع أنه لا يقبل قولها،؛ بل المذهب كله في هذه الصورة على قبول قولها أنه لم يتمادى، وإنما الخلاف حسبما يأتي إن شاء الله في لغو انقطاعه واعتباره، وهو نصها ونص العتبيَّة كما نذكره إن شاء الله، وإنما القول قولها إذا قالت: دخلت في دم الحيضة الثالثة، ثم قالت: أنها كاذبة وما دخلت في دم الحيضة الثالثة حسبما ذكره من لفظ المدَوَّنة ومثله لفظ التهذيب.

وسمع عيسى جواب ابن القاسم في المطلقة، وهي ترضع فيموت زوجها فتدعي أنها لم تحض وتطلب إرثها، إن كانت لا ترضع فهي مصدقة حتى يأتي عليها سنة، وإن لم تذكره وعليها اليمين إلا إن كانت قالت: حضت ثلاث حيض، والتي ترضع مصدقة حتى تفطم ولدها وبعد فطامه سنة.

ابن رُشْد: معنى قوله في التي ترضع أنها مصدقة حتى يأتي عليها سنة أنها مصدقة أنها لم تحض فيما بينهما وبين سنة مع يمينها ولها الميراث، ولا تصدق إن انقضت السنة فطلبت الميراث وزعمت أن عدتها لم تنقض؛ لأن بها جسما في بطنها تجره حتى تراها النساء ويصدقنها، ومن دليل هذه الرواية والله أعلم.

أخذ ابن العطار قوله: إن المطلقة إذا مرت بها سنة، وزعمت أنها مستبرأة ينظر إليها النساء إن رأين بها ريبة تمادت في سكناها ما بينها وبين خمسة أعوام، وزاد أنها تحلف لم تحض في المدة الماضية، ولا يصح ذلك إنما تحلف فيها دون السنة إذا صدقت دون أن ينظرها النساء، وقوله ذكرت ارتفاع حيضتها في حياة زوجها أو لم تذكره خلاف ما في الموازيَّة لا تصدق ولا إرث لها إلا أن تذكر ذلك في حياته، وكذا لو ادعت قرب انسلاخ السنة أنها لم تستكمل الحيض الثالث صدقت مطلقًا على هذه الرواية مع يمينها، ولا تصدق على ما في الموازيَّة إلا أن تكون ذكرت ذلك قبل وفاته، ولو ادعت

ذلك بعد أربعة أشهر ونحوها لانبغى أن تصدق دون يمين، وإن ادعته بعد ستة أشهر ونحوها لانبغى أن تصدق مع يمينها وإن لم تذكر ذلك، ولو ادعت بعد موته بأكثر من عام أو عامين أنها لم تستكمل الحيض الثالث لتأخر الحيض عنها لانبغى أن لا تصدق إلا أن تكون ذكرت ذلك في حياته قولًا واحدًا، وحكم التي ترضع من بعد الفطام كالتي لا ترضع من يوم الطلاق إذ ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس بريبة اتفاقًا.

وفيها: إن أشهد على رجعتها فصمتت، ثم قالت بعد يوم أو أقل انقضت عدتي قبل رجعته لم تصدق وثبتت رجعته.

وسمع عيسى ابن القاسم في النكاح من شرط لامرأته في نكاحه إن قرب أم ولده إلا بإذنها فأمرها بيدها فوطئها دون استئذان امرأته، وهي تعلم ثم غارت وأرادت القيام بشرطها لا قيام لها.

أَصْبَغ: لو شرط كون ذلك برضاها فوطئها، وهي تنظر وزعمت أنها لم ترض فهو حانث، فإن ادعى أنه بإذنها فعليه البينة، فإن لم يأت بها مضى عليه الأمر.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ في الرضا ليس بخلاف لقول ابن القاسم في الإذن؛ لأنه خلاف الرضا لا يعد السكوت رضىً اتفاقًا، قد يسكت الإنسان عن إنكار الفعل وهو لا يرضاه، وفي كون السكوت إذنا أو إقرارا أم لا؛ قولان من ذلك ما في سماع أَصْبَغ في المدبر، وسماع عيسى في المديان وفي الدعوى والصلح، وسماع أَصْبَغ في جامع البيوع، وقولها في إرخاء الستور فيمن راجع امرأته فسكتت،ثم قالت: كانت انقضت عدتي، فقول ابن القاسم في وطء أم ولده هو على أحد القولين، وأظهرهما أنه غير إذن؛ لأن قوله ﷺ في البكر: «**إذنها صماتها**»(1) يدل على أن غيرها بخلافها وأجمعوا عليه في

(1) أخرجه البخاري: 9 / 165 في النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، وفي الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، وفي الحيل، باب في النكاح، ومسلم: رقم (1420) و(1421) في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والموطأ: 2 / 524 في النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، والترمذي: رقم (1108) في النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، وأبو داود: رقم (2098) في النكاح، باب في الثيب، والنسائي: 6 / 84 في النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، وباب استئمار الأب البكر في نفسها.

النكاح، فوجب قياس غيره عليه إلا ما يعلم بالعرف أن أحدا لا يسكت عليه إلا راضيا به، فيتفق فيه أن السكوت عليه إقرار كمن يرى حمل امرأته فيسكت ثم ينكره، وتعقب ابن عبد السلام قول ابن الحاجب: لو أشهد برجعتها فصمتت ثم ادعت أنها كانت انقضت لم تقبل بأنه أخل بها في المدَوَّنة من طول زمن السكوت، يرد بمنع دلالتها على الطول؛ لأن قولها أو أقل يتناول الطول والقصر، وقوله مجموع طول السكوت والإشهاد يدل عرفا على تصديقه مع قوله حكى ابن رُشْد فيها قولا ثانيًا خلاف قول ابن رُشْد ما علم عرفا أن أحدا لا يسكت عنه إلا راضيًا هو إقرار اتفاقًا.

ودعواه رجعتها بعد العدة لغو ولو وافقته إلا بدليل في كونه البينة على أنه كان يخلو بها في العدة ويبيت عندها، وأحدهما قولها، ونقل ابن بشير، ونقل اللخمي عن محمد: يبيت عندها في بيت في كونه ثالثها نظر، ونقل ابن عبد السلام: رأي أشهب: أنه لا يقبل قوله إلا أن يقيم بينة أنه جامعها في العدة؛ يريد: أقام بينة على إقراره بذلك في العدة لا أعرفه، إنما ذكر ابن محرز عنه في الموازيَّة: أنه إن أقام بينة عادلة أنه كان أقر عندهم أنه أغلق بابا وأرخى سترا عليها في عدتها لم يكن رجعة إن ادعاها بعد العدة، وقول ابن عبد السلام مع غيره: ينبغي أن لا يعتبر مجموع الخلو بها، والمبيت عندها إلا على رواية منعه الدخول عليها، والنظر إليها إما على رواية عدم منعه الدخول عليها فلا، إذ لا اختصاص لذلك المجموع بالرجعة، يرد بأن بعض المجموع الدال على صدقه مبيته معها، وهو أخص من الدخول عليها والأكل معها، ولا يلزم من دلالة الأعم على شيء عدم دلالة الأخص منه عليه.

اللخمي: حيث لا يقبل قوله إن أكذبته الزوجة حلت للأزواج، وإن صدقته لم تحل لغيره وجبر على نفقتها إلا أن يطلق، فإن أنفقها وقامت بالطلاق لعدم الوطء، فمعروف المذهب لا قيام لها؛ لأنه لم يقصد ضررا ولها ذلك على أحد قولي مالك فيمن قطع ذكره بعد البناء، وطلاق المرتجع أبين؛ لأنه يحال بينه وبينها ولمن قطع ذكره المتعة بغير الوطء، وللزوج جبرها على أن يعطيها ربع دينار، ويحضر الولي كما لو كانت أمة، واعترف السيد بأنه كان ارتجعها. قاله محمد عن أشهب.

زاد عبد الحميد عن بعض المذاكرين: إن أبى الوارث عقد له السلطان، وإن أبت لم

تعتبر وعقد له عليها السلطان. قال: ولا يتزوج أختها ولا خامسة، وذكر عبد الحق أن أبا عمران ترجح في جبر الزوجة إذا دفع لها ربع دينار.

قُلتُ: مقتضى منعه تزويج أختها أنه لا يقبل رجوعه عن قوله راجعتها، ومقتضى قولهم يجبرها له إذا أعطاها ربع دينار عدم قبول رجوعها عن تصديقه، ونقل عبد الحق عن بعض القرويين قبول رجوعهما عن قولهما كمن ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فأكذبها ثم خالعها ثم أرادت مراجعته، وأكذبت نفسها أنه يقبل رجوعهما واختاره، وعن بعضهم لا يقبل رجوعهما.

قُلتُ: وتجري المسألة عندي على قول عتقها الثاني إن شهد رجلان على رجل بعتق عبده فردت شهادتهما، ثم ابتاعه أحدهما عتق عليه، وقال أشهب: إن أقام على قوله بعد الشراء، وإن قال كنت كاذبا لم يعتق عليه، وتخريجها على قبول رجوع مدعية الطلاق ثلاثا، يرد بعذرها بإرادتها الراحة من عشرته، والمقرة بالرجعة لا عذر لها ولا له.

بعض شيوخ عبد الحق: إن ادعى بعد العدة بينة غائبة على رجعته في العدة، إن قربت البينة منعت المرأة النكاح حتى ينظر في ذلك، وإن بعدت لم تمنع، فإن تزوجت ثم قدمت البينة بذلك فرق بينهما وبين من تزوجها وردت لزوجها، وكذا لو تزوجت وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها الثاني، ولا يكون الثاني واطئا في عدة؛ لأنها ذات زوج، وقول ابن عبد السلام "في قول ابن الحاجب ردت إلى الأول برجعته؛ يريد: أن دعوى الزوج قبل ذلك الارتجاع يتنزل منزلة إنشاء الارتجاع وفيه نظر؛ لأن الدعوى تحتمل الصدق والكذب والإنشاء لا يحتملهما" يرد بأن هذا اللازم إنما نشأ عن تفسيره قول ابن الحاجب بأنه أراد أن دعوى الزوج قبل ذلك أنه كان ارتجعها يتنزل منزلة إنشائه رجعتها، وما فسره به غير صحيح ولا لازم؛ بل معنى قولهم ردت إليه برجعته أنها ردت إليه لقيام دليل صدق في دعواه أنه كان أنشأ ارتجاعها، لا لأن دعواه إنشاء لارتجاعها، وإنما الإشكال قبل هذا في قولها إن قال لزوجته في العدة كنت راجعتك أمس صدق وإن كذبته؛ لأن ذلك يعد مراجعة الساعة، فجعل الخبر إنشاء.

واعلم أن مدلول الخبر تارة يكون إنشاء كقول من كان طلق أمس طلقت زوجتي بالأمس، وتارة لا يكون إنشاء كقول من قام أمس قمت أمس، إذا علمت هذا

فالجواب عن الإشكال أن قوله يعد مراجعة الساعة يحتمل أنه لجعله نفس قوله كنت راجعتك إنشاء فيلزم جعل نفس الخبر إنشاء، ويحتمل أنه؛ لأن مدلول خبره هذا إنشاء فلا يلزم جعل نفس الخبر إنشاء، فيجب حمله على هذا لصحته دون الأول لبطلانه.

وفيها: إن أقام بعد العدة بينة بأنه أقر فيها بوطئها فهي رجعة إن قال: أردت الرجعة.

وفيها: بعد ذكر حكم امرأة المفقود تتزوج، ثم يقدم واسلك بالتي تعلم بالطلاق ولا تعلم بالرجعة حتى تعتد وتنكح هذا المسلك في فسخ النكاح وجميع أحكامها.

اللخمي: روى محمد: من ارتجع وهو حاضر منع زوجته فلم يعلمها برجعته حتى تزوجت وبنا بها من تزوجها مضت له زوجة والحاضر أعظم ظلمًا، وليس يبين، لو رأى رجل زوجته تتزوج، ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقًا، ولو عد طلاقا لاستأنفت العدة من الأول، وفي ثالث نكاحها من طلق امرأته الأمة ثم ارتجعها في سفره قبل انقضاء عدتها وأشهد بذلك، فوطئها سيدها بعد عدتها قبل علمه برجعتها، ثم قدم الزوج فلا رجعة له، إذ وطء السيد بالملك كوطئها بالنكاح، وما يمنع النكاح أو لا يشترط فيه قد لا يكون كذلك في الرجعة، فالمذهب صحتها من المحرم والمريض والعبد دون إذن سيده.

[illegible]

فيها راجعتها وفي ثالث نكاحها وارتجعتها.

ابن شاس: ورجعتها ورددتها إلى النكاح، ولفظ الإمساك وكل لفظ يحتمل الارتجاع إذا نواه به كأعدتها ورفعت التحريم.

قال الرَّصاع: هذا الكلام ظاهر في أنه قسم ما يقع الارتجاع به إلى قسمين صريحًا ومحتملًا بنية وحقه أن يقول ما دل على الارتجاع صريحًا أو محتملًا بنية كما ذكر في التمليك ثم يذكر الأمثلة.
(فإن قلت): قال في المدَوَّنة: إن قال راجعتك، ثم قال كنت لاعبا فهي رجعة فظاهرها عدم اشتراط النية. (قُلتُ): ليس فيها ما يدل على ذلك بل لم يصدقه في ادعائه عدم النية، وقد قال ابن رُشْد: القول دون نيَّة لا تصح به رجعة فيما بينه وبين الله تعالى وإن حكمنا عليه بالظاهر إلا على القول

عبد الحميد: في نكحتك وتزوجتك وكلما صح به ابتداء العقد نظر، يحتمل كونه كذلك لصحة ابتداء العقد به، ويحتمل إلا إذ الرجعة غير ابتداء العقد.

قُلتُ: الأظهر الأول مع إرادتها منه.

اللخمي: إن قارن القول البينة صح، وإلا فقال أشهب: ليس برجعة.

وفيها: إن قال: راجعتك، ثم قال: كنت لا عبا ولا بينة على قوله فهي رجعة، وهما على قول مالك في لغو هزل النكاح وصحته، وعلى الخلاف في لغو الطلاق العري عن النية.

قُلتُ: الأظهر أن اللفظ الصريح كارتجعت لا يفتقر إلا نية، وغيره كأمسكت ورددت يفتقر.

ابن رُشْد: القول دون نيَّة لا تصح به رجعة فيما بينه وبين الله، وإن حكمنا عليه بها لظاهر لفظه، إلا على القول بلزوم طلاق المستفتي بلفظه دون نيَّة وهو قائم من المدَوَّنة وهو بعيد.

قُلتُ: انظر هل مرادهم بقولهم دون نيَّة أنه نوى بلفظ الطلاق والرجعة غير معناهما أو مجرد عدم نيتهما، والأول ظاهرٌ معنىً، بعيدٌ لفظا، والثاني عكسه. قال: واختلف هل يجوز له الوطء إذا ألزم الرجعة على القول أنها لا تصح له فيما بينه وبين الله، وإن حكمنا عليه بها لظاهر لفظ الأصح، وإذا ألزم الرجعة من طلق في الحيض وأبى أن يرتجع قيل له للوطء وهو صحيح؛ لأنها رجعت لعصمته بالحكم، وإن أبى فيجوز له الوطء كالمجبور على النكاح بأب أو وصي أو سيد، وإليه ذهب أبو عمران واحتج بجواز وطء من نكح هازلا ومنعه بعض البغداديين حتى ينوي رجعتها، وفي ثبوتها بمجرد النيَّة ولغوها تخريج ابن رُشْد مع اللخمي على أحد قولي مالك بلزوم الطلاق واليمين بمجردها، وقول محمد والاستمتاع بنية الرجعة رجعة إن قارنته.

اللخمي: إن بعد ما بينهما فلا رجعة، ولمحمد: إن نواها ثم قبل أو باشر أو ضم لمكان ما نوى فهو رجعة؛ يريد: إن أصاب ساهيا عن الطلاق المتقدم لم يكن رجعة إن لم

بلزوم طلاق المستفتي دون نية، واختار الشيخ أن اللفظ الصريح لا يفتقر للنيَّة انظره والله أعلم.

تقارنه نية، وقد اختلف في شرط مقارنة نيَّة الظهار.

أبو عمر: روى القرينان أن القبلة والنظر إلى الفرج ليستا برجعة، وفي لغو الوطء دون نية، وكونه رجعة روايتها وقول ابن وَهْب، وعزاه ابن رُشْد لليث فقط. قال: يريد في الحكم الظاهر، ولا يصدق أنه لم يرد به الرجعة، وهذا الأظهر كوطء مبتاع الأمة بخيار في مدته، وقد يفرق بأن المبتاع لو حبسها حتى مضت أيام الخيار وتباعدت عد مختارًا، والزوج لو تمادى على إمساكها حتى انقضت عدتها أبانت منه، وهذا التفريق لا يسلم من الاعتراض.

قُلتُ: يعترض بأن نسبة المبتاع للأمة إنما هو بوصف ابتياعها المناسب لحليتها، ونسبة المطلق للزوجة إنما هو بالطلاق المناسب لحرمتها، فلا يلزم من إيجاب إمساك الأول الأمة إباحتها.

وفي تهذيب عبد الحق: إن قيل لم جعل وطء الأمة المبيعة بخيار رضى من المشتري بالبيع ولم يجعل وطء الزوج دون نيَّة الرجعة رجعة.

قيل: لأن الخيار تعلق فيه حق للبائع وحق للمشتري، فإن فعل المشتري في الأمة ما يفعل المالك كان اختيارا منه، والرجعة إنما هي في حقوق الزوج فلا يثبت حقه إلا بإقراره أنه أراد بفعله الرجعة.

وأجاب أبو عمران فيمن طلق واحدة وتمادى على وطئها غير مريد به الرجعة ثم حنث بطلاقها ثلاثا تلزمه الثلاث كالطلاق في النكاح المختلف فيه في فساده لقول ابن وَهْب والليث، وقال: وعلى إلغاء وطئه دون نية.

روى محمد: وسمع عيسى ابن القاسم له مراجعتها فيما بقي من العدة بالقول والإشهاد ولا يطأها إلا بعد الاستبراء من مائه الفاسد بثلاث حيض.

ابن رُشْد: فإن تزوجها وبنى بها قبل الاستبراء ففي حرمتها عليه للأبد قولان، على كون تحريم المنكوحة في العدة بمجرد تعجيل النكاح أو به مع اختلاط الأنساب.

وفي كون الأمر بالإشهاد على الرجعة مستحبًا أو واجبًا قولان للقاضي مع ابن القصار، والأكثر عن المذهب، وابن بكير مع المتيطي عن رواية بكر القاضي.

ابن محرز: معناه انه لا تثبت الرجعة إلا ببينة؛ لأنه لو انقضت العدة فزعم أنه

ارتجع لم يصدق إلا ببينة، ومعنى استحبابه كونه مقارنا للرجعة.

وفيها: من طلق فليشهد على طلاقه وعلى رجعته، وقال مالك فيمن منعت نفسها، وقد ارتجع حتى يشهد قد أصابت.

قُلتُ: تصويبه منعها إياه دليل وجوب الإشهاد إذ لا يمنع ذو حق من حقه لأمر غير واجب.

وفيها: إن قال: ارتجعتك ولم يشهد فهي رجعة، وفي لغو شهادة السيد برجعة أمته وصحتها، قولها، وسماع القرينين في طلاق السنة.

الشيخ عن الموازيَّة: وللمطلق أن يرتجع بغير علم المطلقة، ووليها وسيدها إن كانت أمة، وفي عدتها قال مالك: من طلق امرأته طلاقا يملك فيه الرجعة لا يتلذذ منها بنظرة أو غيرها، ولا يأكل معها، ولا يرى شعرها، ولا يخلو معها، وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها، وكان يقول لا بأس أن يدخل عليها، ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها ثم رجع فقال: لا يفعل.

عياض: ظاهره منع التلذذ بها على كل حال، وقال اللخمي: الباب كله واحد وأن قوله اختلف في جميع هذا، وخرج الخلاف في التلذذ بها، وهو بعيد في التلذذ جدًا، ويبعد في النظر إلى الشعر والخلوة، وكيف يصح في الخلوة، وقد شرط في إجازة القول بالدخول عليها أن يكون معها من يتحفظ بها، وإليه ذهب ابن محرز وغيره من الشيوخ أن الخلاف إنما هو في الجلوس عندها والأكل معها لا في التلذذ بشيء منها، والنظر إلى وجهها وكفيها لغير لذة جائز اتفاقًا؛ لأن الأجنبي ينظر إليه.

وفيها: لا تغسل المطلقة واحدةً زوجها إن مات في عدتها، وقوله إذا جاء غد فقد راجعتك ليس برجعة.

عبد الحق: كالنكاح إلى أجل لا يصح.

اللخمي: يحتمل كونه لذاك أو لعدم مقارنة النيَّة للرجعة والأول أظهر؛ لأن الطلاق يفتقر للنيَّة وأجمعوا على صحته دون مقارنته في قوله إن دخلت فأنت طالق. قال: فإن لم يصبها في العدة بانت، وإن أصابها فيها لاعتقاده أن ذلك رجعة فهو رجعة.

ابن محرز: قولها ليس برجعة؛ لأنه لم يرتجعها الآن لوقفه ذلك على مجيء غد، وهو

لم يجيء، فإذا جاء ثبتت رجعته؛ لأنه حق له أن شاء عجله أو علقه، وفي تعليق أخذ الشفعة بمثل هذه الشروط بعد معرفة الثمن نظر؛ لأنها من المعاوضة.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لعبد الحق واللخمي، وفي نكاحها الأول من قال لامرأته إذا مضى شهر فأنا أتزوجك فرضيت هي ووليها فهو نكاح باطل لا يقام عليه.

الشيخ: لابن سَحنون عنه: من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فأراد سفرًا فخاف أن يحنثه في غيبته فأشهد إن دخلت فقد ارتجعتك فليس بمرتجع إن حنثته، وله مع سماع القرينين لو قال لها متى طلقتك فقد ارتجعتك لم يكن قوله ذلك رجعة.

ابن رُشْد: لأن الرجعة لا تكون إلا بنية بعد الطلاق لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، والفرق بين الطلاق قبل النكاح، والرجعة قبل الطلاق أن الطلاق حق على الرجل والرجعة حق له فالحق الذي عليه يلزمه بالتزامه، والحق الذي له ليس له أخذه قبل أن يجب له إذ لا خلاف في أنه ليس لأحد أن يأخذ حقا قبل أن يجب له، إنما اختلف في إسقاطه قبل وجوبه كالشفعة ليس له أخذها قبل وجوبها، وفي إسقاطها قبله خلاف.

قُلتُ: تقدم هذا الأصل في فصل الأمة تعتق تحت عبد، ومقتضى الروايات أن المطلقة الطلاق الرجعي في العدة محرمة حتى ترتجع حسبما تقدم لعياض، ونقل ابن بشير أنها على الإباحة حتى تنقضي العدة مثل ما تقدم للخمي، والاستدلال على ذلك بثبوت خواص الزوجية من الإرث والنفقة يرد بأن الزوجية أعم من إباحة الاستمتاع بدليل المحرمة والمعتكفة.

[كتاب الإيلاء]

الإيلاء: حلف زوج على ترك وطء زوجه يوجب خيارها في طلاقه[1]، وقول ابن

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشيخ ﷺ: (حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه) ثم اعترض على ابن الحاجب رسمه في قوله الحلف بيمين يتضمن ترك وطء الزوجة غير المرضع أكثر من أربعة أشهر يلزم الحنث فيها حكما فلنشر إلى بيانه ليظهر رده عليه فقول ابن الحاجب حلف الإيلاء في اللغة هو اليمين مطلقًا، وقيل: هو الامتناع ثم استعمل في امتناع خاص، وكأن الشيخ ابن الحاجب فهم أن الإيلاء اللغوي استعمل في بعض مدلوله شرعا بنقل أو تخصيص وذكر اليمين ثانيًا اعترضه.

الشيخ: وأجاب عنه بأنه ذكره توطئة قوله يتضمن أشار به إلى أن التضمين اللغوي الذي يعم الدلالات الثلاث، وزاد غير المرضعة ليخرج به صورة الرضاع، فإنه لم يرد ضررًا على قول مالك وأكثر من أربعة أشهر أخرج به ما إذا حلف على الأربعة فما دونها قوله يلزم الحنث فيها حكما أخرج به إن وطأتك فعلي المشي إلى السوق أو غير ذلك مما لا يلزم شرعا، وللشيخ ابن عبد السلام: هنا كلام حسن رتبه على هذا الرسم انظره، ولولا الخروج عن المقصد لذكرنا ما يليق به، فإذا عرفنا كلامه على ما هو عليه.

فقول الشيخ هنا: (قبلوه... إلخ) معناه أنه يقول في الرد عليه وعلى من قبله صورة المدَوَّنة دائما إما أن تكون واردة على طرده أو واردة على عكسه بيان ذلك أنه قد قال فيها إذا قال: والله لا أطؤك في هذه الدار سنة فليس بمول ويؤمر بالخروج لوطئها إن طلبت ذلك، وإن قال في هذه البلدة أو في هذا المصر فهو مول وبيان أن هذه الصورة لا يخلو أن ترد على الطرد أو على العكس أن نقول لأي شيء قلتم إنه غير مول في صورة الدار، فإن عللتم ذلك بأنه لا يصدق فيه رسم الإيلاء؛ لأن الحلف على ترك الوطء المدة المعلومة يستدعي بقاء ترك الوطء المطلق باعتبار البقاع وغيرها، والحلف في الدار المعينة المانعة من ترك الوطء فيها هو أخص من ترك وطء ولا يلزم من ذلك حصول ترك الوطء المطلق فلا يقع النقض على طرد الحد؛ لأن الحد لا يصدق في الدار المعينة في الصورة المذكورة، ويرد على الحد إبطال عكسه بصورة البلدة أو المصر؛ لأنها من صورة الإيلاء كما نص فيها، ولا يصدق الحد عليها بعين ما ذكرتم؛ لأن الإيلاء يستدعي ترك الوطء وهذا إنما هو ترك لأخص.

وإن قلتم بأن وطأها في الدار ليس بأخص من مطلق الوطء بل مساو له فيلزم أن تكون الصورة الثانية غير واردة على عكس الحد والأولى ترد على طرده، ثم أشار الشيخ: إلى أن صور الإيلاء فيها ما هو متفق عليه على أنها من الإيلاء، وفيه ما هو مختلف فيه، وهي صور كثيرة منها أنه إذا حلف لا وطئ زوجته حتى تفطم ولدها فقال مالك وابن القاسم أنه غير مول، وقال أَصْبَغ: إنه مول فحد ابن الحاجب إنما يجري على قول ابن القاسم ومالك لا على قول أَصْبَغ وحد الشيخ يجري على كل قول

الحاجب "الحلف يمين تتضمن ترك وطء الزوجة غير المرضع أكثر من أربعة أشهر

وهذا يدل على أن الصواب في الحد أنه يجري على كل قول ولا يكون حدا على المشهور وحده، وقد قدمنا الشيخ كثيرا ما يذكر الحد خاصا بالمشهور، وقال الشيخ ابن عبد السلام في كتاب الظهار: غالب استعمال الفقهاء في الرسوم أن الحد للمتفق عليه ويبقى كون ما سوى ذلك للنظر قال: وهو الحق انظره ثم نرجع إلى حد الشيخ قوله: (حلف) جنس مثل جنس ابن الحاجب قوله: (زوج) أتى به منكرا، وهو أخصر من لفظ ابن الحاجب قوله: (على ترك وطء زوجه) أخرج به إذا حلف على غير ترك الوطء قوله: (يوجب خيارها في طلاقه) أخرج به ما إذا حلف على ترك وطئها بما هو مثل أربعة أشهر فأقل، فإنه لا خيار لها في ذلك.

(فإن قلت): قول الشيخ: حلف على ترك الوطء ظاهر في أن المحلوف عليه ترك الوطء، فإذا حلف أنه لا يلتقي معها سنة لم يحلف على ترك الوطء.

(قُلتُ): لا نسلم أنه لم يحلف على ترك الوطء التزاما، وإن سلم أنه لم يحلف عليه مطابقة ولذلك قال الشيخ بعد ودلالة الالتزام على ترك الوطء كدلالة المطابقة، وقد وقع في المدَوَّنة إذا حلف أن لا يغتسل من جنابة سنة وغير ذلك أنه من الإيلاء وما يقال إن دلالة الالتزام مهجورة في الحدود معناه إذا لم تكن قرينة أو اصطلاح وهنا للشيخ بحث في مسألة المدَوَّنة ولشيخه ابن عبد السلام بحث فيما يتعلق بقولها لا اغتسلت من جنابة هل هو كناية أم لا.

(فإن قلت): ما زاده ابن الحاجب في آخره في قوله يلزم الحنث فيها حكما لا بد منه وكيف يوفي به كلام الشيخ هنا مع حذفه.

(قُلتُ): قوله: (يوجب) إلخ يدل عليه التزاما؛ لأن ما لا يوجب على زوجها حكما لا يوجب لها خيارا في نفسها والله أعلم.

(فإن قلت): إذا حلف على أن لا يبيت عندها أبدا.

قال ابن رُشْد: الأظهر أنه يطلق عليه بالإضرار، ولا إيلاء عليه بحال فظاهر هذا يخالف ما ذكرته من أن الالتزام مما يدل على ترك الوطء، وأنه يقوم مقام المطابقة.

(قُلتُ): ليس فيه ما يناقضه بوجه؛ لأنه لم يحلف على ما يستلزم ترك الوطء، وإنما حلف على ما يستلزم ترك الوطء بليل فقط فتأمله، وهو ظاهر لا يخفى وقوله: (يوجب خيارها) صفة لحلف الزوج.

(فإن قلت): كيف أوجب خيارها والموجب للخيار إنما هو تلوم القاضي له في الوطء، فإذا امتنع خيرت.

(قُلتُ): لما كان التلوم مسببا عن الحلف صح أن سبب السبب سبب فتأمل كلامه.

(فإن قلت): وقع في الحديث أن: «النبي ﷺ آلى من نسائه شهرا» وهذا إطلاق شرعي، وأنه يكون في شهر.

(قُلتُ): إنما ذلك لغة والشرع قرر في الآية العرفي وقد قدمنا إشكال الاستدلال بالحديث على العرفي، وفي استدلال الفقهاء به على صحة الإيلاء بحث ظاهر والله أعلم.

يلزم الحنث فيها حكما" قبلوه، ويبطل طرده أو عكسه بقولها إن قال: والله لا أطأك في هذه الدار سنة فليس بمول، ويؤمر بالخروج لوطئها إن طلبته، ولو قال في هذه البلدة أو في هذا المصر فهو مول؛ لأنه إن قال في الدار المعينة أخص من مطلق وطئها، فلا يلزم من صدق تركه صدق ترك مطلق وطئها؛ لأن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم لم يبطل طرده بمسألة الدار، وبطل عكسه بمسألة البلدة والمصر وإلا فالعكس، ورسمه إنما يتناول صور الإيلاء بحسب قول ابن القاسم ومالك فقط، وما ذكرناه يتناول جميعها على كل قول، وفي كون الترك مشروطا بعدم كونه لمصلحة قولها مع الموطأ والموازيَّة من حلف لا وطئ زوجته حتى تفطم ولدها غير مول، وقول أَصْبَغ هو مول وصوبه اللخمي، وعلى الأول لو وقته بعامين ومات الولد وبقي منهما أكثر من أربعة أشهر ففي كونه موليا من يوم موت الولد أو حلفه قول محمد والصقلي ونقله عن بعض أصحابه، ولو حلف في الحولين بطلاقها ليتزوجن عليها إذا استغنى ولدها عنها ففي لزوم كفه عنها من حين حلفه أو بعد الحولين قولا الموازيَّة ومحمد، ولابن سَحنون من حلف بالبتة ألا يطأها حتى تفطم ولدها فمات انحلت يمينه إلا أن ينوي عامين فيكون موليا إن بقي منهما أكثر من أربعة أشهر.

اللخمي: لو ادعى أن حلفه لضرر الوطء به وهو صحيح البنية لم يقبل، وإن كان ضعيفها فزمن ضرره به كزمن رضاع الولد وما زاد عليه كما زاد على موت الصبي.

والدلالة: على ترك الوطء بالالتزام كالمطابقة، ففيها.

قُلتُ: إن حلف أن لا يلتقي معها سنة.

قال مالك: كل يمين يمتنع من الجماع لمكانها فهو بها مول، فإن كان هذا يمتنع منه بيمينه فهو مول، واختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا لعدم استقلال الجواب لشكه في حصول علة الأصل في الفرع إن قرر قياسًا تمثيليًا، وفي صدق الصغرى إن قرر حمليا.

اللخمي: هو مول مطلقًا لا شك فيه؛ لأن عدم الالتقاء عدم الجماع.

عبد الحق: إنما شرط هذا الشرط لاحتمال أرادته لا ألتقي معها في موضع معين، ولو قصد عموم المواضع أو الوطء كان موليا.

قُلتُ: ظاهره أنه يقبل منه أنه إنما أراد عدم الالتقاء معها في موضع معين خلاف

قبول ابن عبد السلام، نقله عن بعضهم لمن ادعى موضعا بعينه وأتى مستفتيا، دين ولا ينفعه ذلك في الإيلاء إن ادعاه؛ لأنه مخاصم والمخاصم كالذي قامت عليه بينة.

قُلتُ: تقدم في هذا الأصل، وهو إذا لم تكن على أصل يمينه بينة، وعرضت موافقته خلاف في كوته مستفتيا أم لا في كتاب الإيمان.

وفيها: من حلف ألا يغتسل من امرأته من جنابة مول؛ لأنه لا يقدر على الجماع إلا بكفارة.

قُلتُ: ظاهره أنه من المتفق على أنه إيلاء وهو ما لزم من الوطء فيه الحنث، لا من المختلف فيه وهو ما لزم من الوطء فيه عقد يمين لا حنث، وهو صواب إن لم يكن الحالف فاسقا بترك الصلاة؛ لأن الوطء في غير الفاسق ملزوم للغسل، ونفي اللازم ملزوم لنفي الملزوم، ووطء الفاسق غير ملزوم للغسل، فلا يلزم من نفي غسله نفي وطئه لعدم اللزوم، فلا يلزم من وطئه حنثه، لكنه يلزم منه انعقاد يمينه على عدم الغسل، ولو كان حين حلفه جنبا لم يلزمه إيلاء بحال إذ لا أثر لوطء في عقد يمينه على الغسل لانعقاده قبل وطئه، وجعله أبو حفص مطلقًا من القسم المختلف فيه. قال: لأنه إنما يحنث بالغسل لا بالوطء.

اللخمي: لفظها يحتملها.

وفيها لابن شهاب إن حلف لا كلمها وهو يمسها فليس بمول، وعلى قول أَصْبَغ في سماعه في النذور يحنث بوطئها هو مول، ونقل اللخمي قول ابن شهاب عن مالك قال: وهو ضرر للزوجة القيام به تطلق عليه إذا بان ضرره، ولو كان قبل أجل الإيلاء بعد الإعذار إليه إن كان يرجى ذلك منه، وإن لم يرج طلق عليه؛ لأن حسن العشرة من حقوق الزوجية كالنفقة.

وفي لغو الحلف على العزل وكونه كترك الوطء قولا الصقلي مع عبد الحق عن بعض شيوخه، والصقلي عن بعض أصحابه، وفي كون الحلف على ترك وطء لا يوجب فعله حنثا؛ بل عقد يمين غير إيلاء أحد قولي ابن القاسم وغيره.

اللخمي عن محمد منه: من قال لامرأته إن وطئتك فوالله لا أطأك، ومن قال لامرأتيه والله لا أطأ إحداكما سنة.

قُلتُ: وكان بعض شيوخنا يقول فيمن حلف لا فعل أحد أمرين يحنث بفعل أحدهما، فقلت له لا يحنث فأنكره، فقلت له كذا نقله ابن رُشْد فقبله.

وفيها لابن القاسم: من قال: إن وطئتك فكل مملوك أملكه فيما يستقبل حر غير مول، فإن خص بلدًا لم يكن موليا حتى يملك من تلك البلدة عبدًا فيكون حينئذ موليا لحنثه بالوطء.

قال غيره: هو مول قبل الملك يلزمه عقد يمين فيما يملك، وقاله ابن القاسم.

قُلتُ: وهو أظهر لاتفاقهما على قول ظهارها، قوله إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي إيلاء، إن وطئها لزمه الظهار، وفي كون الترك مشروطا بأن موته أكثر من أربعة أشهر ولو بيوم أو بزيادة على اليوم مؤثر، ثالثها: بما زاد على أجل التلوم، ورابعها: بالأربعة فقط لظهارها مع نص أبي عمران والقاضي، ونقل عياض وتخريج اللخمي من رواية ابن الماجِشُون بمرور الأربعة يقع طلاقه.

عياض: هذا ضعيف.

ابن رُشْد: تأول على المذهب أنه لا يكون موليا حتى يزيد على الأربعة أكثر مما يتلوم عليه إذا قال: أنا أفي وهو غلط؛ لأن التلوم إنما هو إذا قال: أنا أفي فلم يفعل، فإن وقف فأبا أن يفي عجل طلاقه، ونقل عبد السلام الرابع معزوا لرواية ابن الماجِشُون غفلة.

وفي كون أمده للعبد أزيد من شهرين أو كالحر نصها، ونقل اللخمي عن مختصر ابن شعبان وصوبه بأن ضرر ترك الوطء في العبد والحر سواء، وقوله: (قال مالك: أمده للعبد شهران) يوهم عدم اعتبار الزيادة، ومثله لفظ ابن القصار والطرطوشي.

وفيها: إذا أعتق في أجله لم ينتقل، الجلاب: الأمة والكتابية كالحرة المسلمة.

وفيها: من آلى من مطلقة رجعية وقف لأربعة أشهر قبل مضي عدتها.

اللخمي: الوقف بعيد إذ لا حق لها في الوطء، وذكره ابن محرز سؤالا، وأجاب بأنه خوف أن يكون ارتجعها وكتم.

وفيها: من آلى من امرأته بعد البناء ثم طلقها واحدة وحل أجل إيلائه في العدة وقف.

اللخمي: الصواب عدم وقفه لحجته بأنه إنما حقها في طلاقه وقد عجله، الصقلي عن محمد: من قال لرجعية: والله لا راجعتك؛ مول، ابن محرز عنه وابن شاس: إن حلف لا وطئها أكثر من أربعة أشهر، ثم حلف بيمين أخرى لا وطئها خمسة أشهر، فوقف للأولى فطلق عليه وقف بسبب اليمين الثانية.

قُلتُ: هذا خلاف قولها من قال: والله لا أطأك، ثم قال: بعد ذلك بشهر: علي حجة إن قربتك، فوقف للأولى فطلق عليه، ثم ارتجع فلا وقف عليه للثانية إذ لو حنث بها لوطء لزمه في اليمينين معا.

اللخمي: لو كفر عن الأولى لم تسقط عنه الثانية، عزاه الشيخ لمحمد وزاد هذا خلاف ما روى عنه أشهب بعد هذا.

وفيها: إن طلق على المولي وهي مستحاضة فارتجع ولم يطأ حتى مضت أربعة أشهر ثانية ولم تتم العدة لم يوقف ثانية.

وفيها: من حلف بالله واستثنى فقال مالك: مول وله الوطء بلا كفارة، وقال غيره: لا يكون موليا وعزاه ابن حارث لأشهب وعبد الملك، ونوقضت بقولها أحسن للمولي أن يكفر في يمينه بالله بعد حنثه، فإن كفر قبله أجزأه وسقط إيلاؤه. قال أشهب: لا يسقط حتى يطأ إذ لعله كفر عن أخرى إلا أن يكون يمينه في شيء بعينه، وقول الصقلي الفرق أن الكفارة تسقط اليمين حقيقة والاستثناء لا يحلها حقيقة لاحتمال كونه للترك ضعيف، ولو زاد؛ لأن الأصل عدم صرف الكفارة عن يمين الإيلاء؛ لأن الأصل عدم حلفه فترجح كونها لها، ولا مرجح لكون الاستثناء للحل؛ لتم، وفرق ابن عبد السلام بأن المكفر أتى بأشد الأمور على النفس وهو بذل المال أو الصوم، فكان أقوى في رفع التهمة من الاستثناء، ويفرق بأن تهمته في الكفارة أبعد لأنها تتوقف على وجود يمين أخرى ثم على صرف الكفارة عنها، وتهمته في الاستثناء على مجرد إرادة التبرك فقط، وما توقف على أمر أقرب مما توقف على أمرين، ويلوح من كلام ابن محرز التفريق بأن الاستثناء مناقض لليمين لحله إياها أو رفع الكفارة لازمها ومناقض اللازم مناقض ملزومه، والكفارة غير مناقضة لليمين لأنها سبب لها والسبب لا يناقض مسببه.

وفي كون علي نذر أن لا أقربك إيلاء أو لغوا قولا ابن القاسم ويحيى بن عمر.
اللخمي: بناء على اعتبار مدلوله عرفا أو لغة.

[باب شرط المولي]

وشرط المولي كونه زوجا مسلما مكلفا ممكنا وطؤه، فلو حلف به في أجنبية فعادت زوجة ففيها هو مول من يوم تزوجها، ولابن حارث عن ابن نافع ليس موليا لقوله تعالى: ﴿مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [البقرة: 226]، وعزاه غيره لروايته، ولو حلف كافرا ثم أسلم فلغو على المشهور في يمينه، وإيلاء المجنون لغو ولو جن بعده لم يسقط.

اللخمي: في لغو إيلاء من لا وطء له كالحصور والعنين والمجبوب والشيخ الكبير، قول ابن القاسم مع مالك، وقول أَصْبَغ المجبوب مول لمنفعة الزوج بالاستمتاع بمضاجعته ومباشرته لا الشيخ الذي قطع كبره المتعة به.

ابن رُشْد: قال أَصْبَغ: الإيلاء على الحصور ومن قطع ذكره قبل البناء وبعده قبل الإيلاء أو بعده.

وفيها قال مالك: كل من نكح امرأة فوطئها مرة ثم أصابه ما منعه الوطء، فإنه لا يفرق بينهما أبدا. قلت: فإن آلى الشيخ العاجز عن الوطء. قال: ما سمعت فيه شيئًا ولا إيلاء عليه، ومثله الخصي ومن قطع ذكره بعد إيلاءه لا وقف عليه.

اللخمي: وروى ابن شعبان يوقف ولو قطع ذكر نفسه خطأ جرى على الروايتين، ولو تعمده فلها فراقه اتفاقًا.

وإيلاء المريض لازم إن لم يقيده بمدة مرضه وإلا فلا، الأول نص ابن شاس وغيره، والثاني نص ابن رُشْد وغيره، وقول ابن عبد السلام خالف في إيلاء المريض بعض الشيوخ، ورأى بعضهم أنه إن كان عاجزا عن الجماع فلا معنى لانعقاد اليمين في ذلك؛ لأنه لو آلى صحيح ثم مرض لما طلب بالفيئة بالجماع، ظاهره وجود الخلاف فيه ولا أعرفه، ومعنى قول من أسقطه إنما هو إذا قيد يمينه بمدة مرضه حسبما مر ونص عليه الجلاب.

والحلف بالله أو التزام عبادة على وقف وطئها على فعل ممتنع شرعا أو عادة أو

ممكن ذي مؤنة كالحلف على تركه، وقول ابن شاس: الحلف على أمر ممكن ليفعلنه كقوله لأدخلن الدار يلحق بالحلف على الوطء إلا أن أجل هذا بعد الرفع حين الحكم إنما هو في الحلف بالطلاق لا في وقف الوطء على فعل يفعله، ثم قال: ويحكم أيضًا بالإيلاء على من عرف تركه الوطء مضارًا، وطالت مدته، وأجله من يوم الحكم، وقيل: يفرق بينهما دون أجل، وقيل: لا يفرق به بحال.

قُلتُ: فقول ابن الحاجب ويلحق بالمولي من منع منها لشك، ومن امتنع من الوطء لغير علة مضارًا، وعرف منه حاضرًا أو مسافرًا، ومن احتملت مدة يمينه أقل، إلا أن جلهم من يوم الرفع والأول من يوم الحلف، مقتضى تفسيره بمنصوص لمن قبله تفسير قوله من منع منها لشك بقول ابن شاس الحلف على أمر ممكن ليفعلنه فيكون عبر عن الإمكان بالشك.

قُلتُ: والوقوف مع ظاهر قوله: (منع منها لشك) يرجح تفسيره بمن حلف لا وطئ امرأة بعينها أو من نسائه بطلاقها حتى يفعل كذا مما هو ممكن ذو مئونة، ثم نسي عينها، فإن مقتضى المذهب منعه منهما لما عرض من الشك، والأجل في هذا من يوم حلفه حسبما هو في الأمهات؛ لأنه حلف على ترك الوطء، أو بمن حلف بطلاق امرأة بعينها من نسائه ليفعلن كذا ثم نسيها، فإن مقتضى المذهب في هذه أيضًا منعه منهما لما عرض له من الشك والأجل فيه من يوم الحكم، إلا أن مقتضى كلامه بعد ذلك يقتضي أن يمينه على ترك الوطء لا بالطلاق حسبما يأتي، وإذا كانت على ترك الوطء بطل قوله الأجل من يوم الرفع؛ لأن الأجل فيه يوم الحلف حسبما هو نص فيها.

قال ابن عبد السلام: كلامه مشكل، منه ما إشكاله باعتبار تصوره كما في هذه المسألة، ومنه ما إشكاله بالنسبة إلى إجرائه على المشهور وهو قوله ومن امتنع من الوطء لغير علة فيحتمل أن يكون متعلق الشك تعيين المحلوف على وطئها من زوجتيه، فقد ذكر بعضهم فيمن قال: والله لا وطئت إحدى امرأتي سنة ولا نيَّة له في واحدة منهما من حين حلفه، من قام به منهما فلها وقفه؛ لأنه ترك وطأها خوف أن ينعقد عليه الإيلاء في الأخرى على إحدى القولين في هذا الأصل، والقول الثاني لا إيلاء عليه الآن في واحدة منهما حتى يطأ إحداهما، ويحتمل على بعد ما إذا قال لزوجته إن كنت حاملًا أو إن لم تكوني

حاملًا فأنت طالق، على الشاذ أنه لا يعجل طلاقه فيضرب له حينئذ أجل الإيلاء.

قُلتُ: تفسيره كلامه بالحلف لا وطئ إحداهما غير صحيح لوجهين: الأول: أن الامتناع فيها ليس لشك بحال إنما هو لخوف لزومه اليمين في الأخرى حسبما مر، الثاني: أنه حكم بأن الأجل فيها من يوم الرفع، ومسألة لا وطئ إحداهما الأجل فيها من يوم الحلف على أنه بنفس قوله مول ومن يوم وطئ إحداهما على القول الآخر، ولم يقل فيها أحد الأجل من يوم الرفع.

في ثاني نكاحها: من سرمد العبادة وترك الوطء لم ينه عن تبتله، وقيل له: إما وطئت أو فارقت إن خاصمته، وفي إيلائها: من ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك إما وطئ وإما طلق، وبذلك القضاء، وقد كتب عمر بن عبد العزيز لقوم غابوا إلى خراسان إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا.

الجلاب: والفرقة في ذلك بغير أجل يضرب له، وقيل: يضرب له أجل أربعة أشهر كالمولي، وحكاه اللخمي كأنه روايته وصوبه. قال: لأنها المدة التي يلحق فيها الضرر، وما تقدم لابن شاس فيه من قوله أجله من يوم الحكم، وقيل: يفرق بينهما دون أجل، وقيل: لا يفرق به بحال يقتضي أن المشهور الأجل خلاف ظاهر المدَوَّنة ونص الجلاب، وقوله: (ولا يفرق به بحال) لا أعرفه.

وسمع ابن القاسم في طلاق السنة: من غاب عن امرأته وعلم موضعه كتب إليه.

فيها:قيل: فإن بعث إليها نفقة وأقرها. قال: أما الحين فأرى ذلك، وإن طال ذلك لم يكن له أن يبعث لها النفقة ويحبسها.

قيل: ألذلك وقت؟ قال: ما سمعت ولكن إن طال ذلك.

ابن رُشْد: يكتب إليه كما جاء عن عمر بن عبد العزيز، وفي سماع عيسى إن لم يفعل وطال الأمر طلق عليه؛ لأنه إضرار بها وأن ثلاث سنين في ذلك قريب، وهذا إذا بعث إليها بالنفقة، وإن لم يبعث ولا علم له مال طلق عليه بعد الإعذار إليه والتلوم، وإن علم أنه موسر بموضعه فرض لها النفقة عليه تتبعه بها ولا يفرق بينهما.

هذا ظاهر قول ابن حبيب، ومعناه ما لم يطل كما قالها هنا، وقول ابن الحاجب يلحق بالمولي من احتملت مدة يمينه أقل وأجله من يوم الرفع.

قال ابن عبد السلام: هذا كقول المدَوَّنة: من قال: إن لم أفعل كذا أو لأفعلن كذا فأنت طالق، ضرب لها أجل الإيلاء.

وفيها أيضًا: من حلف أن لا يطأ امرأته حتى يموت فلان أو حتى يقدم أبوه، وأبوه باليمن فهو مول فيمكن جعل هذه المسألة مثالا لكلام المؤلف.

قُلتُ: تفسيره بالمسألة الثانية وهم لقول ابن الحاجب وأجله من يوم الرفع، والأجل في المسألة الثانية من يوم القول، وقول ابن الحاجب متعقب بإطلاقه الصادق على الصورة الثانية، وإذا دخل الوهم على مثل هذا الشيخ مع علو طبقته فكيف بغيره فضلا عن المبتدئ، وبمثل هذا الإطلاق عاب كثير من طبقة شيوخ شيوخنا تأليف ابن الحاجب فإن فيه من هذا النوع كثرة، وقال ابن الحاجب: إثر قوله الأجل من يوم الرفع فيمن منع لشك ومن ترك الوطء ضررًا ومن احتملت مدة يمينه أقل، ولذلك فرق بين أن أموت أو تموتي، وبين أن يموت زيد.

قُلتُ: يريد: ويمينه فيهما على ترك الوطء لامتناع كونه فيهما بطلاق على إيقاع فعل، وهذا يوجب كون حلفه في المسائل التي جعلها علة لهذه التفرقة كذلك، وإلا لم يستقم تعليله، وإذا كان فيها على ترك الوطء كان قوله الأجل فيها من يوم الرفع وهما حسبما بيناه، وقال ابن عبد السلام: يعني أن قوله والله لا أطأك حتى أموت أو حتى تموتي يصدق عليهما وسم الإيلاء، وقوله: (والله لا أطأك حتى يموت) زيد مدة يمينه يحتمل أقل من أربعة أشهر لاحتمال موت زيد إثر يمينه، فلا ينطبق عليه رسم الإيلاء فلا يضرب له أجل الإيلاء إلا يوم الرفع، وهذا التفريق غير خال من مغمز، والمعهود أنهم إنما يفرقون بمثل هذا في العتق إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي، أو قال: بعد موت فلان الأول إيصاء أو تدبير، والثاني عتق إلى أجل.

قُلتُ: كلام ابن الحاجب وهم؛ لأنه بناء على أن الأجل في قوله، والله لا أطأك حتى يموت زيد من يوم الرفع وهو غلط؛ بل هو من يوم الحلف، كذا هو نصها وسائر المذهب، وتفسيره ابن عبد السلام بما ذكر صواب لظاهر لفظه وهم في قبوله.

وفي قوله: (هذا التفريق... إلخ) نظر؛ لأنه محض دعوى مغمز في كلام إمام بغير حجة، وقوله: (إنما يفرقون... إلخ) لا يثبتها بحال، ومطلق التفريق بين الصورتين لا

يقيد قوله ولذلك صواب، وقد سبق به ابن شاس قال: لو قال: والله لا أطأك حتى يقدم فلان وهو بمكان يعلم تأخر قدومه على أربعة أشهر فهو مول، ولو قال: حتى يدخل زيد الدار فمضت أربعة أشهر ولم يدخل فلها إيقافه، ولو قال: إلى أن أموت أو تموتي فهو مول، ولو قال: إلى أن يموت زيد فهو كالتعليق بدخول زيد الدار.

قُلتُ: ما ذكر من الحكم في المسائل الأربع صحيح، وظاهر قوله في مسألة التعليق على القدوم وعلى موت أحد الزوجين أنه إيلاء أن التعليق على الدخول وموت زيد غير إيلاء، ويجب فهمه على أن مراده أن الأول إيلاء بنفس الحلف، والثاني إنما هو إيلاء باعتبار المآل، وظهور كون أمد الترك أكثر من أربعة أشهر.

وفي ابتداء كون أجل إيلاء المظاهر يبين ضرره طريقان.

الباجي: في كونه من يوم ما يرى من إضراره أو تبينه أو ظهاره ثلاثة لمالك فيها، وتأولها بعض القرويين والموازيَّة مع اختصار المدَوَّنة بعضهم. قال: وعندي القولان فيها.

اللخمي: في كونه من يوم ظهاره أو رفعها إياه روايتان، الأولى أحسن ولا يزاد على ما جعل الله له إلا أن يحمل الحكم ولم يبين له، وعزا الأولى في النوادر لابن القاسم وأَصْبَغ، والثانية لعبد الملك، وعبر عياض عن يوم الرفع بيوم تبين ضرره، وذكر ابن عبد السلام يوم الرفع بدل يوم ما يرى من إقراره.

وقول اللخمي: "من ظاهر عالما عجزه عن حله فقد قصد الضرر بنفس ظهاره، يختلف هل تطلق عليه الآن، وإليه يرد ما في الرواية في ظهار المعسر" رابع.

وفيها: إن كفر زال حكم إيلائه وإن لم يطأ، وإن قال: أنا أكفر: ولم يقل: أطأ فذلك له؛ لأن فيئته الكفارة لا الوطء، إن كفر فله الوطء دون كفارة.

اللخمي: إن كان عاجزًا عن العتق قادرًا على الصيام فعليه أن يقدم الصوم قبل مضي أربعة أشهر، ويبين له ذلك إن كان جاهلًا، فإن قامت الرجعة وضرب له الأجل قيل له عليك تقديم الصوم بمدة لا يأتي الأجل إلا وقد حلت الزوجة، وكذا على أن الأجل من يوم ظاهر يؤمر بمثل هذا، وقال ابن الماجِشُون: إن ابتداء صوم الشهرين من بعد ضرب السلطان الأجل لما تنقضي الأربعة الأشهر قبل تمام صومه طلق عليه،

فإن تم صومه وهي في العدة كانت له الرجعة، فإن ارتجع ثم انقضى صومه، وهي في العدة صحت رجعته. قال: ولو ابتدأ الشهرين في الأربعة أول ما ضربت له فمرض حتى صار لا تتم في الأربعة لم تطلق عليه، وإن أفطر لغير عذر طلق عليه، وما قوله هذا ببين؛ لأنه يقول لم يكن على أن أبتدئ الصوم لأول الأربعة ولي أن أؤخره لمضي شهرين؛ لأنها مدة أقدر على الفيء فيها.

قُلتُ: إنما يلزم هذا أن لو كان صومه بعد إفساده لا يتم قبل مضي الأربعة الأشهر، وليس مراد عبد الملك ذلك إنما سياق قوله يدل على أنه إنما أراد إذا كان ابتداء صومه بعد إفساده لا يتم إلا بعد مضي الأربعة الأشهر. قال: ويختلف إن كان ممن يقدر على العتق أو الإطعام، وقال: عند مضي الأربعة دعوني حتى أعتق أو أطعم، وقالت الزوجة: لا أؤخره يومًا واحدًا.

قال محمد في هذا الأصل: لا يؤخر، ولا يزاد في أجل الإيلاء.

قلت فيها: إذا أوقفته فقال: أصوم شهرين لظهاري أو كان يقدر على عتق أو إطعام، فقال: أخروني حتى أعتق أو أطعم؛ فقال: أخروني حتى أعتق أو أعتق اختبره الإمام مرتين أو ثلاثًا، فإن لم يأخذ في ذلك بعد التلوم فرق بينهما؛ لأنه مضار، ومن لم يبن ضرره.

روى الشيخ: لم يوقف إلا أن يطول ذلك، وذكره الباجي غير معزو بلفظ لم يبين ضرره ولا عذره. قال: ومن بان عذره لم يدخل عليه إيلاء.

قُلتُ: هو الشيخ روى أشهب: إن لم يجد ما يعتق ولا يقدر على الصوم، ولا يجد ما يطعم فليكف عن أهله حتى يجد.

الشيخ: يريد: ولا حجة لها والعبد المظاهر.

قال ابن حارث: إن تبين ضرره أو منعه سيده الصوم ففي لغو دخول الإيلاء عليه ولزومه، ثالثها: إن منعه سيده الصوم لمالك في الموطأ ومحمد عن رواية ابن القاسم وابن حبيب عن أَصْبَغ وعن ابن الماجِشُون لا يمنعه الصوم لإذنه في نكاحه.

ابن عبدوس: قلت لسَحنون فإذا لم يدخل عليه إيلاء ما تصع المرأة. قال: يوقفه السلطان إما أفاء أو طلق، ولفظ مالك في موطئه لا يدخل عليه إيلاء؛ لأنه لو صام

لظهاره دخل عليه طلاق الإيلاء قبل أن يتم صومه.

الباجي: لأن صومه شهران وأجل إيلائه شهران، فلو أفطر ساهيا أو بمرض انقضى أجل إيلائه قبل تمام الكفارة، وتعليله يقتضي أن لا يضرب له أجل الإيلاء ولو أذن له سيده في الصوم، ولا يوجد هذا على هذا التفسير لمالك ولا لأحد من أصحابه، ولعله أراد أن هذا بعض ما يعذر به العبد في عدم تأجيله، وإن كان أراد أنه أراد الصوم ومنعه سيده؛ لأنه يضر به فذلك عذر يمنع تأجيله وقاله أَصْبَغ.

أبو عمر: وقول مالك لو ذهب يصوم دخل عليه طلاق الإيلاء هو على القول أن بانقضاء أجل الإيلاء يقع الطلاق، فيقول لو وقع الطلاق بانقضاء أجل إيلائه لم تصح له كفارة فكونه مكفرًا ويلزمه الطلاق محال.

وقول ابن الحاجب: ولأن فيئة المظاهر تكفيره لم يدخل على العبد بظهاره إيلاء؛ لأن مدة صومه مدة أجله.

تقريره: على طريق الباجي أن يقول: لو دخل عليه الإيلاء منضما إلى أن فيئته تكفيره للزم انقضاء أجله قبل تمام الكفارة، وهو باطل حسبما تقدم للباجي، فيبطل الملزوم وأحد جزئيه حق وهو كون فيئته تكفيره فتعين بطلانه ببطلان جزئه الآخر، وهو دخول الإيلاء عليه، وعلى طريق أبي عمر يقول لو دخل عليه الإيلاء منضما لما ذكر أولا، وإلى أن يمضي أجل الإيلاء يقع طلاقه للزم كونه مكفرًا مطلقًا عليه بالإيلاء، واللازم باطل حسبما تقدم لأبي عمر فيبطل الملزوم وأحد جزئيه حق، وهو ما ضم إلى دخول الإيلاء، فتعين بطلانه ببطلان جزئه الآخر، وهو دخول الإيلاء عليه، وقال ابن عبد السلام: الإشارة بقوله ولذلك إلى التكفير أو إلى الفيئة.

وقوله: لأن مدة صومه مدة أجله مشكل ولا تتبين به الملازمة إلا على أن أجل المظاهر من يوم ظهاره، وكلام مالك يدل على خلاف ذلك.

قال في الموطأ: فذكر ما ذكرناه عنه، وكلام الباجي عليه.

قُلتُ: من نظر وأنصف علم أن قوله الإشارة إلى التكفير أو إلى الفيئة معطوفا بأو لا يستقيم.

وقوله: (لأن مدة صومه مدة أجله مشكل) محض دعوى، وقوله: (لا تتبين به

الملازمة إلا على أن أجل المظاهر من يوم ظهاره) حق، وقوله: (وكلام مالك يدل على خلاف ذلك) وهم وخلاف ما ارتضى ونقل من كلام الباجي؛ بل جعل أبو عمر كلام مالك يدل على أخص من ذلك، وهو وقوع الطلاق بمجرد مضي أجله، ولكون العتق بالحنث كإنشائه في شرطه بوجود متعلقه بأن قولها إن قال لها: إن وطئتك فعبدي ميمون حر فباعه فله وطؤها، فإن اشتراه عاد موليا ولا يحنث إلا بالوطء وهو في ملكه.

ابن رُشْد في عود إيلائه إن عاد لأجل إيلائه، ثالثها: إن اشتراه ممن ملكه منه بغير واسطة، ولم يبع عليه في تفليس للمشهور وابن بكير والمغيرة مع ابن الماجِشُون وابن أبي حازم وابن دينار ومالك وغيرهم.

وفيها: إن عاد بإرث لم تعد يمينه وتقدمت في الأيمان.

[illegible] على عدم وطء غيرها بدون الثلاث كبيع كالعبد اختيارا، وتزويجه إياها كعوده اختيارا ولو بعد زوج، وبتمام الثلاث لا يعود كعود العبد بإرث وملك بعضه اختيارًا ككله وتقدمت في الأيمان.

وفيها: من قال: زينب طالق واحدة أو ثلاثا إن وطئت عزة، فطلق زينب واحدة، فإن انقضت عدتها فله وطء عزة، ثم إن تزوج زينب بعد زوج أو قبل عاد موليا في عزة، فإن وطئ عزة بعد ذلك أو وطئها في عدة زينب من طلاق واحد حنث ووقع على زينب ما ذكر من الطلاق، ولو طلق زينب ثلاثا ثم نكحها بعد زوج لم يعد عليه في عزة إيلاء لزوال طلاق ذلك الملك، كمن حلف بعتق عبد له أن لا يطأ امرأته فمات العبد زالت يمينه، ولو طلق عزة ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج وزينب عنده، عاد موليا ما بقي من طلاق زينب شيء، كمن آلى أو ظاهر ثم طلق ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج عاد عليه أبدًا حتى يكفر.

ومناقضتها ابن عبد السلام تابعًا لعياض بقولها في الأيمان بالطلاق: من قال لزوجته: كل امرأة أتزوجها عليك طالق يسقط يمينه بطلاق زوجته ثلاثا، مر جوابها في الطلاق.

الصقلي عن محمد: من قال: إن وطئتك فأنت طالق مولٍ، ونقله اللخمي غير معزو على أنه المذهب، وفي جواز وطء ولو بإنزال أو دونه حتى ينوي رجعتها بتمامه

للإنزال أو بمغيب الحشفة فقط والنزوع غير وطء، رابعها: منعه؛ لأن النزوع وطء لنقل اللخمي قائلا الأخير أحسن على الحنث بالأقل، ويسقط إيلاؤه على قول ابن القاسم لا على قول عبد الملك، ولو نوى الرجعة؛ لأنه يقول لا يسقط إيلاؤه إلا بالإصابة، ومن حقها الوطء التام والإنزال، ولأنه لو حلف بالله وأصاب ذلك القدر لم يسقط إيلاؤه بحنث بالأقل ولا يبرئه، فإن أصاب في العدة بنية الرجعة برئ وإلا طلق عليه.

الباجي عن ابن الماجِشُون: إن أراد أن يطأ على أن ينوي بها زاد على التقاء الختانين الرجعة مكن منه وإلا منع؛ لأن باقيه حرام، وعلى قول ابن القاسم له أن يطأ.

ابن الماجِشُون: إن أبى أن ينوي الرجعة طلق عليه، ولا رجعة له ولو بنى بها؛ لأنه ترك تحقيق رجعته، وله في غير المدخول بها وطؤها؛ لأن ما يقع به حنثه يكمل دخوله.

وسمع عيسى ابن القاسم: من حلف بطلاق زوجه البتة لا وطئها سنة، فطلبت وطئه ضرب له أجل الإيلاء، إن وطئ طلقت بالبتة وإلا طلقت بالإيلاء ولا رجعة له؛ لأنه إنما يرجع إلى طلاق البتة ويتوارثان في العدة.

قلت له: لأي شيء تكون كمصالحة لا يتوارثان إذ لا رجعة له. قال: لأن المصالحة لو وطئها رجم، وهذا المولي لو وطئها لم يرجع.

ابن رُشْد: في كونه موليا قولان هما في المدَوَّنة، على الأول لا تطلق حتى يحل أجل الإيلاء من يوم حلف، وهو معنى قوله في هذا السماع، إذ لا خلاف في أن من حلف على ترك الوطء مول من يوم حلف، واختلف على هذا القول إن حل أجل الإيلاء على أربعة أقوال:

أحدها: تطلق عليه لا يمكن من فيئة؛ لأنها تبين بالتقاء الختانين فيصير النزع حراما، وهو في المدَوَّنة كقول ابن الماجِشُون: من طلع عليه الفجر في رمضان وهو يطأ يقضي ذلك اليوم؛ لأن نزعه وطء.

الثاني: يمكن من الفيئة بالوطء بالتقاء الختانين فقط، ويجب أن ينزع كمن طلق ثلاثا حينئذ، فإن أبى الفيئة طلق عليه.

الثالث: يمكن من جميع لذته حتى يفتر أو ينزل أو لا ينزل فيها خوف أن يكون

الولد ولد زنى. قاله أَصْبَغ.

يمكن من الفيء بوطء كامل لا يحنث إلا بتمامه. قاله ابن القاسم في الأسدية، وهو ظاهر قوله في المَدَوَّنة ما يوجد له فيها من خلافه قيل هو إصلاح سَحنون، وهو قوله في هذا السماع.

قُلتُ: عزا الشيخ الثاني لعبد المالك وابن وَهْب.

ابن رُشْد: وقياس قوله يمكن من الفيء بالوطء أن تجب له الرجعة، فقوله: (لا يمكن من الرجعة) لا يستقيم إلا على القول إنه لا يمكن من الفيء بالوطء، ويطلق عليه بالإيلاء لتمام أجله، وعلى أنه غير مول ففي تعجيل طلاقه، وإن لم ترفعه لوقوعه عليه من يوم حلفه، ووقفه على رفعها إياه إلى السلطان فيوقفه، قولان لمُطَرِّف والقائم من المَدَوَّنة، وإقامة بعضهم الأول منها غير بين.

قُلتُ: القول الأول هو فيها لرواية أكثر الرواة وقول ابن رُشْد لا يستقيم، قوله: (لا يمكن من الرجعة إلا على عدم تمكينه من الفيئة بالوطء) مع عزوه منعه منه لأصل ابن الماجِشُون ينافي ما حكاه ابن محرز عنه، وعن مُطَرِّف فيمن حلف ألا يطأ امرأته بطلاقها البتة إلى سنة أن له أن يرتجعها في العدة ويتوارثان فيها؛ لأنه إذا ارتجع فرضيت أن تقيم بغير مسيس إلى انقضاء السنة صح.

قُلتُ: وكذا فرضها في العتبيَّة أن يمينه إلى سنة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي إن وطئتك، فوطئها مرة ثم ماتت أو طلقها البتة لا كفارة عليه، ولو وطئها ثانية قبل أن يكفر وجبت عليه الكفارة.

ابن رُشْد: هذا على القول أن من حلف بطلاق البتة إن وطئها أنه غير مول ولا يطلق عليه؛ لأنه لا يحنث إلا بالوطء، فله أن يطأ الوطأة التي يحنث بها، وهو أحد قوليها، وعلى قوله الآخر فيها إن رفعته عجل طلاقه؛ لأنه لا يمكن من الوطء لحنثه بأول الملاقاة فيكون باقي وطئه في امرأة بانت منه بالثلاث لا يجوز للقائل إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي وطئها حتى يكفر لظهاره لحنثه بأول الملاقاة؛ فيكون وطئه في امرأة ظاهر منها قبل الكفارة، ولا يجوز ذلك، وفي ظهارها من قال لزوجته: إن وطئتك

فأنت علي كظهر أمي فهو مول حين قوله ذلك، إن وطئ سقط إيلاؤه ولزمه الظهار فلا يقربها حتى يكفر له.

ابن محرز ليحيي بن عمر غمزها سَحنون.

فضل: لأنه ذهب مذهب عبد الملك أنه مظاهر، ولا يمكن من وطئها؛ لأن باقيه لا يحل، وقول ابن القاسم على أحد قوليه إن وطئتك فأنت طالق ثلاثا.

ابن محرز: ليس في قول ابن القاسم ما يدل على تمكينه من الوطء، إنما قال: إن وطئها ولم يبح له ذلك.

اللخمي: في جواز وطئه التام وقصره على مغيب الحشفة ومنعه منه مطلقًا، رابعها: يطأ ولا ينزل، لظهارها، ومُطَرِّف ومحمد وغيرهم.

قُلتُ: فقول ابن الحاجب يمكن في الظهار اتفاقًا وهم، وقوله مع ابن شاس من قال: إن وطئت إحداكما فالأخرى طالق وأبى الفيئة يطلق القاضي عليه إحداهما مشكل، إن أراد إيقاعه؛ لامتناعه في مبهم، وإن أراد الحكم على الزوج به دون تعيين المطلقة فكذلك، وإن أراد بعد تعيينه لا بالوطء فخلاف المشهور فيمن طلق إحداهما غير ناو تعيينها، وإن أراد بعد تعيينه بالوطء فخلاف الفرض؛ لقولهما: وإن أبى الفيئة، والأظهر أنه مول منهما؛ لأنه ممتنع من وطء كل واحدة منهما بيمين طلاق كقول ابن محرز في قوله والله لا وطئ إحداهما على القول أنه مول بنفس قوله أنه مول منهما معًا، ومن قام منهما كان لها أن توقفه؛ لأنه ترك وطأها خوف انعقاد الإيلاء عليه في الأخرى.

وفيها: من قال لنسائه الأربع: والله لا أقرب واحدة منكن، ولم ينو واحدة بعينها فيمينه على جميعهن، إن ماتت واحدة أو طلقها البتة فهو مول فيمن بقي، وإن وطئ واحدة منهن حنث وسقط إيلاؤه.

اللخمي: لو قال لواحدة: والله لا أطأك، ثم قال للبواقي، ولا أنت ولا أنت إن أراد إدخالهن في اليمين الأولى فهي يمين واحدة، وإن نوى استئناف اليمين على كل واحدة فأصاب الأولين لم يحنث في البواقي.

قُلتُ: قوله: (ثم قال للبواقي) يقتضي مهلة بين بين قوليه، وهو وخلاف قوله في الأيمان والنذور. قال فيه: إن قال لواحدة: والله لا أكلمك، ثم قال للأخرى: ولا أنت،

فإن نواها أول يمينه تناولتها، وإن حدثت بعد تمام اليمين جرت على القولين إذا نسق الاستثناء بنية حدثت بعد تمام اليمين، وعلى الخلاف فيمن طلق واحدة قبل البناء ثم نسق أخرى، فمن جعله استثناء وألزم الطلقة الثانية أدخل ثانية في اليمين الأولى، ومن لم يجعله استثناء، ولم يلزم الطلقة الثانية لم يدخلها في اليمين.

وفيها: من قال: والله لا وطئتكن في هذه السنة إلا يومًا لم يلزمه إيلاء إلا أن يطأ وقد بقي منها أربعة أشهر، واختلف فيها بالمدنيَّة، ومثله في الموازيَّة بزيادة، وقال أيضًا: إن مضت منها أربعة من حينئذ، وهو أحب إلي.

ابن القاسم وأَصْبَغ: وإلينا فإن فاء فهو فيها يستقبل مول لا شك فيه ويوقف ثانية لأربعة أشهر، وقاله أشهب وإن لم ترفعه حتى بقي من السنة أربعة أشهر ولم يطأ بعد فلا حجة لها.

قُلتُ: القولان بناء على لغو الحلف الذي فعل ما يوجب حنثه متوقف على فعل غيره قبل فعله، وفي قولهم إن بقيت أربعة أشهر مع كون أجل الإيلاء أكثر منها نظر، وقال ابن رُشْد في سماع أبي زيد: لابن القاسم قولان فيما لا يلزم الحالف بالحنث فيه شيء إلا أن ينعقد فيه حكم هل هو مول أم لا؟ مثل حلفه لا وطئ امرأته في السنة إلا واحدة، أو لا وطئ إحدى امرأتيه ولا نيَّة له، أو إن وطئت امرأتي فهي علي كظهر أمي، أو إن وطئتها فوالله لا أطأها، على القول فيمن حلف بالطلاق ثلاثا لا وطئها أنه يمكن من الوطء.

قُلتُ: في قوله وقول غيره في هذا الأصل أن الحنث فيه إنما يوجب حكما نظر، إذ الحنث في كل يمين غير لاغية، ولا غموس توجب مقتضى حنثها من كفارة أو طلاق أو عتق أو صدقة، ومسائل هذا الأصل ما زعموا أنه فيها حنث ليس يحنث بحال كالحالف لا وطئ إحدى امرأتيه، وطئه إحداهما ليس بحنث إذ الحنث إنما هو وقوع ما يناقض المحلوف، ووطئه إحداهما غير مناقض لامتناعه من وطئ إحداهما، وكذا في مسائل هذا الأصل فتأمله، والعبارة عنه ما قدمناه من كونه الحالف الذي يوجب حنثه إلى آخره.

في الموازيَّة: لو حلف لا وطئها في السنة إلا مرتين فليس بمول؛ لأنه إذا وطئها بعد

أربعة أشهر، ثم أمسك إلى أربعة أشهر فوطئ فليس بمول، وقال أَصْبَغ: هو مول؛ لأنه يمتنع من أجل يمينه.

محمد: هذا غلط منه.

اللخمي: أرى لها حقا في وقفه لامتناعه من إصابتها إلا بعد أربعة أشهر ضرر.

قُلتُ: كونه ضررًا مع أن أجل الإيلاء أزيد من أربعة أشهر ممنوع.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال: لامرأته إذا وطئتك أو إن وطئتك كذا وكذا وطئة فأنت طالق البتة كل ذلك سواء، هو مول إذا مضت أربعة أشهر من يوم قوله ذلك.

ابن رُشْد: لا يكون موليا من يوم حلفه إلا على القول أن من قال: إن وطئت امرأتي فكل عبد أشتريه من الفسطاط حر فهو مول، وهو أحد قولي ابن القاسم؛ لأنه يمتنع من الوطء، وإن كان به شيء خوف أن يلزمه به عتق ما يشتريه من الفسطاط، وكذا في قوله إن وطئت امرأتي وطئتين يمتنع من الوطأة الأولى، وإن لم يلزمه بها شيء خوف أن يلزمه الطلاق إن وطئ ثانية، وكذا قوله إن وطئها ثلاث مرات يمتنع من الأولى خوف إن وطئ الثانية يلزمه الطلاق إن وطء الثالثة، وكذا ما زاد على هذا القياس إلا أنه كلما زاد ضعف لزوم الإيلاء ابتداء حتى إذا لم يبق إلا وطئة واحدة صار كقوله هي طالق ثلاثا إن وطئها.

قُلتُ: ليس قول ابن القاسم في هذا السماع بخلاف نقل محمد عنه وتخطئته قول أَصْبَغ لتقييد وطئه في مسألة محمد بالسنة، وكأن ابن رُشْد لم يقف على تخطئة محمد.

العُتْبِيّ عن سَحنون: من حلف لا وطئ امرأته حتى تطلب ذلك فتأبى طلبه ليس موليا، وإن أقام أكثر من أربعة أشهر.

ابن رُشْد: ابن سَحنون قلت له: قيل هو مول ولا يكون قيامها به سؤالا حتى تسأله فعابه، وقال: منع الوطء بسببها وهو قول لا وجه له؛ لأنه متعد في حلفه؛ لأن المرأة تستحيي طلب ذلك، وقد تزوجته على ذلك فلا يلزمها المشقة في الإفصاح بطلبه، وعن مالك: لو قال لها: إن وطئتك فأنت طالق إلا أن تأتيني فهو مول، إذ ليس عليها أن تأتيه وهو صحيح؛ لأنه ﷺ كان يأتي أزواجه في بيوتهن.

وسمع أبو زيد في طلاق السنة: من حلف بطلاق امرأته لا أتاها نهارًا لا شيء عليه، ولو حلف لا بات عندها أبدا لم أبلغ أن أطلق عليه، وقال قبل ذلك يتلوم له، فإن أبى طلق عليه، ولو كانت له امرأتان فكان يبيت عند إحداهما ولا يبيت عند الأخرى لم تطلق عليه.

ابن رُشْد: الأظهر التطليق عليه في ترك المبيت؛ لأنه ضرر بين، ولا إيلاء عليه بحال إذا لم يحلف على ترك وطء، وكذا الذي يبيت عند إحداهما دون الأخرى تطلق عليه في القول الثاني بعد التلوم.

[illegible]

[illegible] تمكن الزوجة من وقف زوجها المولى لتمام أربعة أشهر من يوم إيلائه أو ضربها لفيئته أو طلاقه، إن أبى طلق عليه السلطان طلقة هي رجعية[illegible].

سمع محمد بن خالد ابن القاسم: لو طلق عليه ثلاثا خطأ أو جهلا سقط الزائد.

وسمع القرينان: إن لم توقفه لم يكن في حل من ترك وطئها، فإن أذنت له رجوت كونه في سعة، وسمعا إن رفعته وقف في محله.

ابن رُشْد: كسماعه لا يؤجل الشفيع لينظر، وفي مختصر ابن عبد الحَكم: يؤجل ثلاثة أيام لذلك، وفي تأخير المملكة يقفها السلطان لتنظر خلاف تقدم.

[illegible]

وسمعا من وقف فقال: أفيء، فخلي ليفيء فيقيم مدة، فتقول لم يف، فيقر بذلك، إن مضت عدتها من يوم وقف طلق عليه بائنة.

ابن رُشْد: هذا خلاف معلوم مذهب مالك في المدَوَّنة وغيرها أنه إن لم يف بعد وقفه اختبر المرتين والثلاث ونحو ذلك دون اعتبار انقضاء العدة في أيام التلوم إذ

[illegible] قال الرَّصاع: ذكر الشيخ ﷺ تمكن الزوجة من وقف زوجها المولي لتمام أربعة أشهر من يوم إيلائه أو ضربها لفيئته أو طلاقه معنى الرسم ظاهر إذا عرف وجه الإيلاء وصريحه وزمن التلوم في كل منهما.

ليست في عدة، فإن لم يف طلقت عليه طلقة رجعية، ونص في المدَوَّنة في رواية ابن وَهْب على أنه إن قام في الاختبار ثلاث حيض أنه يوقف أيضًا إن قال: أنا أفيء ويخلى بينه وبينها ما لم يكثر ذلك فيطلق عليه، وهذا الآتي على أصل مذهبه بعدم وقوع طلاق المولي بحلول أجله حتى يوقف، فقوله في هذا السماع راجع للقول بأن فيئته إنما هي في الأجل ولا يزاد عليه ويلزمه الطلاق بانقضائه، ورواه ابن الماجِشُون، وقاله ابن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن وابن شهاب، وفيه نظر؛ لأنه قال فيه: إن فاء في العدة بقي في العدة على العصمة، وإن لم يف فيها كانت مطلقة بانقضاء الأجل فبانت بتمامها، فحاصل أمره في وقوع الطلاق عليه بانقضاء الأجل أنه مترقب بما يفعله بعد ذلك في العدة من فيئته أو تركها.

قُلتُ: يأتي للخمي تعقبه. قال في كون طلبه بالفيئة قبل مضي أجل الإيلاء أو عند انقضائه دون زيادة عليه، ثالثها: يؤخر المرة بعد المرة قريبًا بعضه من بعض لرواية ابن الماجِشُون ورواية المدنيين ورواية ابن القاسم.

وروى ابن وَهْب: يؤخر فإن أقام في الاختبار حتى تحيض ثلاث حيض فأكثر ويوقف، فإن قال: أفيء خلي بينه وبينها، إلا أن يكثر ذلك فتطلق عليه، وذكر ما مر من سماع أشهب. قال: وهو معترض بوجهين:

أحدهما: أنه جعل العدة والطلاق مترقبا إن وطئ كانت على الزوجية، وإلا كان الطلاق واقعا يوم انقضاء الأجل.

الثاني: أنه يخلو بها وتبقى العدة على حكمها، ولا يكون عليها لتلك الخلوة عدة، وهذا خلاف معروف قوله في الخلوة، وقد قال ابن القاسم في الذي يطلق عليه، ثم يرتجع ولا يطأ حتى تنقضي العدة أنه إن خلا بها فعليها عدة أخرى.

قُلتُ: تضعيفه سماع أشهب بالوجه الثاني لا يصح؛ لأن ما ذكره من عدم العدة للخلوة لإصابته لم يذكره في هذا القول فيما حكاه هو ولا في سماعه، إنما هو قول قائم بنفسه معارض لهذا القول ولغيره حسبما أذكره.

وسمع القرينان: من وقف لإيلائه فطلق، ثم ارتجع فخلى بينه وبينها ليصيبها فانقضت عدتها ولم يف، واعترفا بعدم المسيس فبانت منه وكانت معه في بيت لا يدري

لعله أصابها لم تجب عليها عدة أخرى، وهذا أمر قد أعفي منه المسلمون، وما في السؤال عن مثل هذا خير توهين للدين وإدخال الشك.

وسمع ابن القاسم: إن اتجع المولي من عذر فانقضت العدة، وهي عنده ثم لم يف بعد ذهاب عذره ففرق بينهما أجزأتها العدة الأولى.

ابن القاسم: هذا إن لم يخل بها.

ابن رُشْد: قوله: (إن ارتجع من عذر) أي: ارتجع فلم يف من عذر فإذا زال عذره ولم يف وفرق بينهما وجب أن لا عدة له عليها أخرى، وقول ابن القاسم وذلك إذا لم يخل بها؛ يريد: إن خلا بها فعليها عدة الأزواج في الحكم الظاهر لتهمتها على إسقاط العدة مع الخلوة وفيما بينها وبين الله لا عدة عليها ولا رجعة للزوج عليها ولا ميراث بينهم، ومثل هذا في المدَوَّنة وضعف هذا في سماع وأشهب.

قول ابن عبد السلام بعد قوله: مقدار الزمن الذي يختبر فيه الإمام إجابة المولي موكول لاجتهاد الإمام، وقع في المذهب روايات بالتحديد أضربنا عن جلها لمخالفتها الأصول يقتضي كونها في مقدار التلوم ولا أعرفه.

قال ابن رُشْد أول سماع ابن القاسم، فيئته التي ترفع الطلاق عنه وتصح بها رجعته فيما لا يقدر على حله عن نفسه كالحلف على ترك الوطء بشيء أو صدقة أو عتق غير معين بالوطء، وفيما يقدر على حله ظاهرًا وباطنا كحلفه ألا يطأ بعتق معين أو صدقة معين أو طلاق امرأة أخرى بوطئه، أو فعل ما حلف بفعله، وما قدر على حله عن نفسه في الباطن، ولا يعلم حقيقته ظاهرًا كالحلف بالله أو نذر مبهم، في تقرر فيئته به كالكفارة قولان قائمان منها، وقال ابن الماجِشُون: لا فيئة مطلقًا إلا بالوطء.

قُلتُ: زاد اللخمي عزوه لرواية ابن القاسم، وروى سقوطه بالتكفير، ولو في الحلف بمضمون من عتق أو صدقة، وصوب قول ابن الماجِشُون.

وفيها: لا يفي إلا بالجماع إن لم يكن له عذر لا بالجماع بين الفخذين.

قُلتُ: والجماع بمغيب الحشفة حسبما مر في الغسل.

ابن شاس: الفيئة بمغيب الحشفة في القبل إن كانت ثيبًا، والافتضاض إن كانت بكرًا.

قُلتُ: الأول كاف لاستلزامه الثاني، وفي رحمها إن جامع المولي امرأته في دبرها حنث وسقط إيلاؤه؛ لأنه عند مالك جماع لا شك فيه إلا أن ينوي الفرج بعينه فلا يلزمه كفارة في الدبر، وهو مول.

قُلتُ: لازم كونه موليا مع سقوط إيلائه إن لم ينو الفرج، أنه لو نوى الدبر لم ينحل إيلاؤه بالوطء في الفرج، وهو بعيد.

وفيها: وطؤه دون الفرج لا يسقط إيلاؤه ويوجب حنثه، فإن كفر سقط بمجرد تكفيره.

عياض: طرح سَحنون قولها يسقط إيلاؤها بوطئها في الدبر، ولم يقراه.

قُلتُ: هو الجاري على مشهور المذهب في حرمته.

اللخمي: يختلف إن وطأها حائضا أو صائمة في سقوط إيلائه قياسًا على الإحلال به والإحصان، والقياس سقوطه، وقول ابن الحاجب في المحرم قولان يقتضي أنهما نص، وقبله ابن عبد السلام ولا أعرفه.

وفيها: إن قال: وطئتها وأنكرت صدق مع يمينه.

اللخمي: إن نكل حلف وطلق عليه.

قُلتُ: كقولها في المعترض إن نكل حلفت وفرق بينهما، فإن نكلت بقيت زوجة، وتوقف فيها مالك مرة.

ابن شاس: حكى أبو عمران أن القول قولها إن كانت بكرًا.

ابن شاس: ووطء المكره لغو كالمجنون، ولا يطالب قبل إفاقته لعذره.

قُلتُ: في نوازل أَصْبَغ من جن جنون إطباق عند حلول أجل إيلائه وكل السلطان من ينظر له، إن رأى أن يطلق عليه ولا يفيء لزمه، وإن رأى أن يفيء فيكفر عنه إن كانت يمينه تمنعه الوطء أو يعتق عنه إن كانت بعتق ويقره مع امرأته لزمه، ووطئه حال جنونه فيئته يحنث به ويكفر عنه وليه إن حلف في صحته، ولو آلى بقوله أنت طالق إن وطئتك إلا بموضع كذا حتى أغزو، فقال: وليه ألزمه هذه الطلقة ويطأ امرأته ويترك معها، أو قال: أسافر به إلى الموضع المذكور أو أغزو به وأرده يطأ، ولا يطلق عليه جاز عليه مافعله من ذلك.

ابن رُشْد: في قوله يكفر عنه بعتق نظر، إنما يصح إن كان حلفه بمعين عتق أو صدقة أو طلاق، ولو فعل في ذلك المبهم لم ينحل إيلاؤه، وضمنه الوكيل لإتلافه ماله فيما لا فائدة فيه، وكذا إن كان حلفه بالله يكفر عنه لم ينفعه؛ لأن الكفارة لا تكون إلا بنية إلا على أحد قولي ابن القاسم فيمن أعتق عن رجل لظهاره بغير إذنه فرضي أن يجزئه، وهو ضعيف خارج عن الأصول، وهذا كله على المشهور، وقول ابن القاسم وروايته، وعلى قول ابن الماجِشُون: لا يوكل عنه إذ لا يكفر عنه بحال كما لا يكفر عن نفسه إن كان مريضًا إذ فيئته عنده إنما هي بالجماع، وقوله يحنث بوطئه في حال جنونه ضعيف؛ لأن فعل المجنون كلا فعل لقوله ﷺ: **«رفع القلم عن ثلاث»**[1] فذكر المجنون حتى يفيق، ويكون ذلك مسقط الحق زوجته في وقفه حتى تمر به أربعة أشهر من يوم وطئها؛ لأنها نالت بوطئه ما تناله في صحته، ولا وقف عليه ما دام جنونه بحال، وقوله في يمينه فأنت طالق إن وطئتك إلا في بلد كذا حتى أغزو لوليه أن يطلق عليه أو يسافر به أو يغزو غير مستقيم إذ لا منفعة له في إلزامه الطلقة؛ لأنها يمين هو فيها على بر، ومن قال: امرأتي طالق إن فعلت كذا لا نفع لي في تقديم الطلاق قبل حنثي، وكذا غزوه وسفره لا يقع له فيه إذ لم يسافر هو، ولا غزًا باختياره.

قُلتُ: ونحوه قول اللخمي وطئه لا يوجب حنثه ويسقط حقها في الوقف، وظاهره لا وقف لها بعد ذلك خلاف ما تقدم لابن رُشْد، ووطء المكره لغو لعدم حله اليمين وذو مرض أو سجن، وإيلاؤه بما ينحل قبل الوطء فيئته حله كمعين عتق أو صدقة أو طلاق غيرها، وفي كون مبهم العتق كغيره أو كمعينه قولان لسماع القرينين وظهارها، وضعفه ابن رُشْد وعزاها عياض لمالك.

ابن محرز: هذا خلاف أصولهم في المولي بطلاق امرأة بغير عينها أو عتق مبهم لا يسقط بطلاقه بعض نسائه ولا عتقه رقبة، وفرق بعض المذاكرين بين هذه، وقوله في إيلائها بأنه في هذه مستفت، وفي الإيلاء محكوم عليه لرفعه امرأته. قال: ويفرق بأن

---

[1] أخرجه الترمذي: رقم (1423) في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، وأبو داود: رقم (4403) في الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً.

مسألة الإيلاء في الطلاق ومسألة الظهار في العتق، وهو من خصال كفارة اليمين بالله فقيس عليها.

وسمع أبو زيد ابن القاسم في النذور: من قال: لله عتق رقبة لأصومن غدًا، هو مخير إن شاء صام غدًا، ولا عتق عليه، وإن شاء أعتق رقبة، ولم يضمن غدًا.

ابن رُشْد: هذا غير صحيح؛ لأن يمينه على بر؛ لأنه لا يحنث إلا بمضي غد، ومن كانت يمينه على بر في غير يمين بالله بغير معين لم يجزه كفارتها قبل حنثه، ثم ذكر قوله في كتاب الظهار، وقال: هي رواية شاذة خارجة عن الأصول، عليها يأتي قول ابن القاسم هذا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من وقف مريضًا فقال: أفيء؛ عذر ولم يعجل عليه، ولو كان حلف أن ينكح عليها ونحوه، فأمسك عن النكاح حتى ريئ أنه مضار أجل، ولو كان مريضًا إن انقضى الأجل، ولم يصح عذر؛ لأنه لا يطيق نكاحًا، وإن انقضى وهو صحيح وقف لإنكاحه وإلا طلق عليه، ولو كان حلفه على قضاء دين عليه لم يعذر بمرض.

ابن رُشْد: يعذر المريض إلى أن يصح اتفاقًا، وكذا المسجون إلى أن يخرج وكذا المسافر.

قال ابن القاسم: لا يطلق عليه حتى يقدم، وقال ابن الماجِشُون: لا يعذر به وتطلق عليه، وإذا عذر قبلت فيئته بالقول عند ابن الماجِشُون ولم يؤمر بالكفارة، ولو كان حلفه بما يقدر على حله، وقال ابن القاسم: إن كانت بما يحل قبل الحنث ففيئته تحله وإلا فبالقول، وقوله في الحالف أن ينكح عليها معناه أنه بالطلاق إذ لا يدخل عليه الإيلاء إلا بحلفه به وضرب له الأجل في مرضه؛ لأنه إنما ينظر لحاله يوم الوقف بخلاف المعترض؛ لأن أجله لعلاجه، والمريض لا يمكنه العلاج لوطئه، وقوله: (حتى يرى أنه مضار) ظاهره لا يضرب عليه حتى يتبين قصده ضررها بتركه وطئها، ومثله لغير ابن القاسم في إيلائها، ولابن القاسم في ظهارها وظاهر الروايات في غيرها من المواضع خلاف ذلك.

اللخمي: اختلف إن كانت يمينه بغير معين هل يلزم إسقاط اليمين أو يؤخر حتى

يصح أو يخرج من السجن وهو أحسن؛ لأنه مطالب بعد ذلك بالإصابة على الصحيح من المذهب إن أبى طلق عليه.

قُلتُ: ظاهر قوله بغير معين أنه عام في مبهم العتق والصدقة والطلاق؛ لأنه عقب قوله إن كانت بشيء بعينه عتق أو صدقة أو طلاق ففيئته إسقاط يمينه، وقد تقدم لابن رُشْد أن الخلاف إنما هو في العتق.

اللخمي: إن قال وهو مريض أو مسجون: لا أفيء فطلق عليه ثم ارتجع ثبتت رجعته، وإن لم يطأ حتى خرجت من العدة إن صح أو سرح أمكن منها إن لم يصب فرق بينهما، وأخذ من قولها مع غيرها في المسجون أنه لا تدخل عليه امرأته في السجن خلاف قول ابن عبد الحَكم تدخل عليه.

ابن عبد السلام: هو استقراء ظاهر والاحتمالات المذكورة في رده بعيدة.

قُلتُ: رده بأن الغالب عدم الخلوة في السجن واضح، وأوضح منه ما تقدم من نقل ابن رُشْد عن مالك، من قال: إن وطئتك فأنت طالق إلا أن تأتيني هو مول، ولما ذكر عياض قولي ابن القاسم وأشهب في حل الإيلاء في اليمين بالله بالكفارة قبل الحنث قال: واختلفا على هذا هل تصح فيئته إذا كان إيلاؤه بغير رقبة بعينها إذا كان عذر مرض أو سجن؟

فقال ابن القاسم: يصح بالقول ومالك وابن أبي حازم وابن دينار وأشهب لا يرون ذلك؛ لأنه مما يقدر على حلها من الأيمان كالمعين، فعلى هذا الخلاف يأتي الخلاف على من يرى صحة تعجيل الحنث في غير المعين ومن التزم فيه الأصول أبعد الخلاف فيه إذ لا حل ليمينه بغير المعين قبل حنثه لا ظاهرًا ولا باطنًا، وهو معنى قول ابن أبي حازم وابن دينار في المريض إذا فاء بلسانه، وقد ذكر العتق المعين، ثم قال: إن كانت يمينه بما لا يحنث فيه إلا بالفعل كان ذلك منه فيئته.

وفي نوازل أَصْبَغ: إن أراد المولي سفرًا بعيدًا قيل له: أقم مكانك أو وكل وكيلا إذا حل الأجل يفيء لك أو تطليق عليك إذا حل الأجل، كانت فيئة الوكيل عنه أن يكفر عنه حينئذ، ويعذر في ترك المسيس كالمسجون إذا قال: أفيء لم يصدق إلا بالكفارة، وقال ابن القاسم: إن أراد المولي سفرا قبل الأجل بيومين أو ثلاثة فرفعته امرأته

للسلطان تقدم إليه أن لا يبرح حتى يتم أجله فيوقف، إن أبى أعلمه أنه مطلق عليه إن خرج، فإن خرج ورفعت امرأته أمرها طلق عليه حينئذ، وإن لم ترفع حتى خرج لم يطلق عليه حتى يكتب إليه إما فاء وإلا طلق عليه.

ابن كنانة: إن أقر بالإيلاء، ولم ينازع لم يحبس عن سفره إذا حل أجله طلق الإمام، وإن أنكره حبس حتى يناقدها.

ابن رُشْد: قوله في الذي يريد سفرًا فقال له: أقم مكانك أو وكل وكيلا إذا حل الأجل، يفيء لك أو يطلق عليك فيه نظر إذ لا يصح أن يفيء الوكيل عنه إلا في معين عتق أو صدقة، وهو خلاف قول ابن القاسم؛ لأنه لا يرى فيها وكيلا، إنما يقال له إما أن تقيم أو تخرج فيطلق عليك إن لم تقدم للأجل، وإن خرج دون تقدم إليه لم يطلق عليه حتى يكتب إليه، وابن كنانة يطلق عليه بحلول أجله في غيبته ولا يلزم عنده أن يتقدم إليه ولا يحبس عن سفره وهو قول ابن الماجِشُون، وإن أنكر الإيلاء حبس اتفاقًا حتى يناقدها في ذلك.

وفي نوازله إن فقد المولي فقدا يضرب به لأمر الأجل انفسخ إيلاؤه، وحكم فيه بحكم المفقود، ولا يطلق عليه بالإيلاء لاحتمال كونه عند الطلاق ميتا.

ابن رُشْد: هذا صحيح على أصل ابن القاسم في أن المولي إذا حل أجله، وهو غائب يعذر بمغيبه لا يطلق عليه حتى يكتب إليه فيوقف على الفيئة، فإذا اتصل مغيبه حتى لم يعلم خير وغاب أثره وجب رجوع أمره لحكم المفقود، وعلى قول ابن الماجِشُون: لا يعذر بمغيب تطلق عليه بانقضاء أجله، ولو لم يعلم موضعه، وقال ابن الحاجب: وإن كانت مما لا تكفر قبله كصوم لم يأت أو بها لا ينفع تعجيل الحنث فيه كطلاق فيه رجعة فيها أو في غيرها فالفيئة الوعد ويبعث للغائب، ولو مسيرة شهرين، وقال سَحنون: الأكثر أن الوعد كاف إلى أن يمكنهم فإن لم يطؤا طلق عليهم.

قُلتُ: ظاهره أن قول سَحنون هذا نص له فيما ذكر من قوله إن كانت مما لا تكفر قبله، ويقتضي أن الأقل يقول أن الوعد منهم لا يقبل، وإن كان وجد قول سَحنون نصًا كما ذكر فواضح، وإن عنى به ما له في المدَوَّنة فنصها قال ابن القاسم: إن لم تكن يمينه مما يكفرها ففيئته بالقول، فإن صح أو خرج من السجن أو قدم فوطئ وإلا

طلقت عليه.

قُلتُ: فإن وقف وهو مريض ففاء بلسانه، ولم يكفر أجزت فيئته، فإذا صح فإما وطئ وإما طلقت عليه.

قال سَحنون: وهذه الرواية عليها أكثر الرواة، وهي أصح من كل ما كان من هذا الصنف على غير هذا.

قُلتُ: فلم يذكر قول أكثر الرواة إلا في اليمين بالله ومفهومه أن الأقل يقول لا فيئة له بالقول ولا يلزم من قوله هذا في اليمين بالله، قوله ذلك في غيرها مما لا يكفر قبل الحنث لصحة الكفارة في اليمين بالله قبل الحنث وامتناعها في غير معين على المشهور.

وقال ابن عبد السلام: انظر على تقدير موافقة لفظ ابن الحاجب لما في التهذيب هل هذا القول هو مقابل المشهور الذي ذكره صدر المسألة فإن كان إياه فكيف يكون شاذا مع أنه قول أكثر أصحاب مالك، وصححه سَحنون.

قُلتُ: الحق أن نقل ابن الحاجب هذا محتمل؛ لأنه إن جعل قول سَحنون مقابل المشهور اختل بعدم وجوده فيما يقبل التكفير من معين عتق وغيره مع وجوده فيما لا يقبله ولزوم كونه شاذًا يرد باحتمال كونه عنده على تفسير الشاذ بما ضعف دليله لا بما قل قائله، وإن جعل فيما لا يقبل التكفير اختل بعدم وجوده حسبما مر، وسمع أبو زيد بن القاسم في طلاق السنة: إن قالت امرأة المعترض عند حلول أجله بعد ضربه لا تطلقوني اتركه إلى أجل آخر، ذلك لها ثم تطلق متى شاءت دون السلطان، وكذا امرأة المولي تقول عند حلول أجله لا تطلقوني أنظره شهرين أو ثلاثة لعله يبرأ.

ابن رُشْد: معنى تطلق متى شاءت بعد الأجل الذي أنظرته إليه، وقال أَصْبَغ: لها ذلك بعد أن تحلف ما كان تركها للأبد إلا لتنظر وترى رأيها، وهو بعيد؛ لأن بقولها إلى أجل كذا بينت أنها على حقها عند الأجل الذي أخرته إليه، إنما تحلف لو تركته بعد وجوب القضاء لها شهرًا أو شهرين ثم قامت بطلاقه، وقالت: إنما أقمت متلومة عليه، فروى ابن القاسم لها ذلك، واختلف قول مالك في يمينها، وقال ابن وَهْب في سماع يحيى وأشهب في سماع عبد الملك: لا قيام لها.

وفيها أيضًا: لو قالت عند انقضاء التلوم له في نفقتها لا تطلقوني عسى الله أن يرزقه، ثم تقول بعد أيام طلقوني عليه، ليس ذلك لها وتلوم له ثانية.

ابن رُشْد: الفرق بين هذه وبين امرأة المعترض والمولي أن الأجل فيهما سنة متبعة لا اجتهاد فيها، فإذا حكم الحاكم لها فيهما لم ينتقض حكمه لها بتأخيرها له، والتلوم للعاجز عن النفقة إنما هو بالاجتهاد، فإذا رضيت بالمقام معه بعد تلومه له بطل ذلك التلوم ووجب أن لا تطلق عليه إلا بتلوم آخر.

ابن شاس: ولا مطالبة لولي الصغيرة والمجنونة، ولا يسقط حقها إلا بإسقاطها.

وسمع ابن القاسم: لو تركت الأمة وقف زوجها المولي فلسيدها وقفه.

ابن رُشْد: لأنه يقول أنا أنكحتها لرغبتي في الولد، ولذا قال مالك: لا يعزل إلا بإذنه، ولو كانت حاملًا أو في سن من لا تحيض لصغر أو كبر لم يكن لسيدها حجة.

الباجي عن أَصْبَغ: لو ترك السيد وقفه فلها وقفه.

وفيها: من آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها لم يؤجل حتى يمكن وطؤها.

اللخمي: سواء ضمها إليه أم لا، والكبيرة قبل البناء لا يوقف لها إلا بعد أربعة أشهر من يوم دعائه للبناء بعد مدة جهازها وجهازه؛ لأنه الوقت الذي توجه لها حق الإصابة فيه، وإن حل أجله وهي حائض وقف، فإن قال: أفيء أمهل، وإن أبى ففي تعجيل طلاقه رواية ابن القاسم وأشهب في لعانها، وعلى المشهور قال محمد: ويجبر على الرجعة، وتعقبه ابن الكاتب بأن علة جبره عليها قصده تطويل عدتها، وهي في هذه الطالبة طلاقها فيه، وبأن الحاكم لا يحكم بمنهي عنه، وأجاب الصقلي بأن إبايته سبب طلاقه فكأنه المستقل بطلاقها، وقول ابن شاس وابن الحاجب وقبوله: "لا مطالبة للمريضة المتعذر وطؤها ولا الرتقاء ولا للحائض" لا أعرفه، ومقتضى قولها في الحائض ينافيه.

وفيها: من دعته زوجته للبناء والنفقة وأحدهما مريض مرضًا لا يقدر معه على الجماع لزمه أن ينفق أو يدخل.

وفيها: وقف المريض والمسجون، وقول الباجي وغيره شرط رجعته وطئه فيها يبطله قولها مع غيرها، وشرط صحة رجعة المولي وطئه مرتجعته في العدة أو بعدها حين

قدرته إن عجز عنه فيها، وروى الباجي حل يمينه كوطئه.

قُلتُ: كانقضاء أجل يمينه أو ذهاب متعلقها المعين بموت أو غيره.

وفيها: إن طلق عليه، وقد بنى فله الرجعة في العدة بالقول، ويتوارثان ما لم تنقض، فإن ارتجعها بالقول فواسع أن يخلو بها، فإن لم يطأ حتى دخلت في أول دم الحيضة الثالثة حلت، ولم تكن تلك رجعة إلا لذي عذر من مرض أو سجن أو سفر رجعته بالقول رجعة، فإن أمكنه الوطء بعد العدة فلم يطأ فرق بينهما وأجزأتها العدة الأولى إلا أن يكون خلا بها فيها وأقر أنه لم يطأ فلتأتنف عدة ولا رجعة له فيها.

ابن عبد السلام: قولهم شرط رجعته عند مالك بوطئه في العدة أو ما يتنزل منزلته يثير إشكالا لا في الميراث إذا مات أحدهما قبل الوطء؛ لأنه إذا لم يحصل الشرط بقي الطلاق بائنا وهو مانع الميراث.

قُلتُ: هذا وهم؛ لأن كون الطلاق رجعيا غير ثبوت الرجعة ضرورة ثبوت الأول، ونفي الثاني في كل طلاق رجعي لم يرتجع فيه، والمدعي أن الوطء شرط فيه الرجعة لا كون الطلاق رجعيا، وموجب الإرث كون الطلاق رجعيا لا ثبوت الرجعة، فلا أثر للوطء في الإرث ولا وقف له عليه.

وفيها: إن عتق العبد وقد بقي من أجل إيلائه شهر فلزوجته وقفه لتمام أجل العبد ولا ينتقل إلى أجل الحر ولو كانت حرة، إذ لو طلق واحدة ثم عتق لم ترجع عنده إلا على واحدة كالأمة تعتق في عدة طلاق رجعي لا تنتقل عن عدة الإماء.

[كتاب الظهار]

والظهار: تشبيه زوج زوجه أو ذي أمةٍ حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما، والجزء كالكل، والمعلق كالحاصل.

وأصوب منه: تشبيه ذي حل متعة حاصلة أو مقدرة بآدمية إياها أو جزأها بظهر أجنبية أو بمن حرم أبدًا أو جزئه في الحرمة.

فيها: من قال: أنت مثل قدم أمي ونحوه مظاهر، ومن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي مظاهر.

وقول ابن الحاجب: تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم؛ يبطل طرده بقولها: قال مالك: إن قال لها: أنت علي كفلانة لأجنبية فهي البتات، وعكسه بتشبيه الجزء(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشيخ ﷺ (تشبيه زوج زوجه أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما والجزء كالكل والمعلق كالحاصل) ثم قال: (وأصوب منه تشبيه ذي حل متعة حاصلة أو مقدرة بآدمية إياها أو جزؤها بظهر أجنبية أو بمن حرم أبدا أو جزئه في الحرمة) ثم قال الشيخ: وقول ابن الحاجب تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم يبطل طرده بقول المدَوَّنة إن قال لزوجته: أنت علي كفلانة الأجنبية فهي البتات؛ لأنه يصدق عليه حده وليس بظهار لنصها قال: ويبطل عكسه إذا شبه جزء زوجته بأمه؛ لأنه لم يشبه الزوجة كلها، وهو ظاهر وهذا إيراد ظاهر عليه.

(فإن قلت): لما شرح الشيخ ابن عبد السلام هذا الرسم، وذكر بعض اعتراضات وأجاب عنها قال وقد تركت اعتراضات؛ لأنها أضعف مما ذكرنا وهذا الاعتراض قوي من الشيخ: فكيف يقول ابن عبد السلام ما رأيت.

(قُلتُ): ليس هذا من الاعتراضات التي رآها بل مما ظهر للشيخ: صاحب الفهم السليم وفوق كل ذي علم عليم.

ثم نرجع إلى رسم الشيخ: قوله في جنسه (تشبيه) التشبيه مصدر، وهو يطلق على معنى عام، وهو الدلالة على المشاركة أمر لأمر في معنى وذلك يستدعي أربعة أمور مشبه ومشبه به ووجه وأداة وهذا يشمل الاستعارة وغيرها، وقد يطلق على معنى أخص عند أرباب البيان، وهو المذكور بشرط أن لا يكون استعارة، ولا تجريدا والمراد هنا المعنى الأخص، ولم يقل صفة حكمية مع أن التشبيه يوجب ذلك كما تقدم في التطليق والطلاق ويحتاج لجوابه والتشبيه المذكور مصدر مضاف للفاعل، ونقل عن الشيخ الوانوغي أنه قال: إعراب هذا الرسم يصعب على المبتدئ غير أنه ذكر ذلك في الرسم الثاني

ويظهر لك مما نذكره مع كل جملة في تقريرها وقوله: (زوج) أخرج به غير الزوج، وهذا صريح في أن الظهار شرعا لا بد فيه من التشبيه الخاص به، فإذا وقع من غير تشبيه فهو من الكنايات؛ لأن المراد التشبيه الأخص المذكور.

(فإن قلت): إذا قال لزوجته أنت أمي.

(قُلتُ): قال بعضهم هذا ليس بظهار، وإنما هو كناية.

(فإن قلت): وقد وقع لأهل المذهب في مثل ذلك أنه ظهار.

(قُلتُ): هو الصواب؛ لأنه في المعنى تشبيه بليغ، وإن لم يكن فيه الأداة،ولذا أرباب البيان اختلفوا في قولك زيد أسد هل هو تشبيه أو استعارة فيظهر أن ذلك من قبيل التشبيه لفظًا أو معنى.

(فإن قلت): إن صح ما ذكرته فالمراد بالتشبيه الأعم فتدخل الاستعارة.

(قُلتُ): يلزم ذلك إذا لم يخالف نصا فعلى هذا في لفظ التشبيه إجمال، وقول الشيخ: تشبيه زوج زوجه أخرج به تشبيه زوج غير زوجه قوله: (أو ذي أمة) معطوف على الزوج أشار به لإدخال الأمة في الظهار واشترط في الأمة أن يحل وطؤها احترز به مما إذا ملك بعضها وتخرج به المعتقة إلى أجل وتدخل فيه المدبرة وأم الولد، فإن الظهار يصح فيهما كالأمة المطلقة قوله: (إياها) معمول لقوله وطؤه قوله: (بمحرم منه) يتعلق بالتشبيه؛ أي: التشبيه بذوات المحارم لا في غيره ويدخل فيه التشبيه المطلق والظهر وغيره كناية وصريحًا كقوله أنت علي كظهر أمي أو كأمي قوله: (أو بظهر أجنبية) أخرج به ما إذا شبه بالأجنبية من غير ظهر فلا طلاق وأدخل به ما إذا قال: أنت علي كظهر الأجنبية فهو ظهار قوله: (في تمتعه بهما) هذا وجه التشبيه بين المشبه والمشبه به احترز به مما إذا قصد التشبيه في صورة حسنة أو في قباحة أو غير ذلك فإنه ليس بظهار، ثم قال الشيخ: والجزء كالكل والمعلق كالحاصل.

(فإن قلت): هل هذا من تمام الحد أو إنه مما ألحقه بالحد كما قصده ابن الحاجب، وأن ذلك ملحق بالمحدود كما قدمه في قوله ويلحق به المتغير.

(قُلتُ): الظاهر أن الشيخ قصد أن ذلك من تمام الحد ليكون حده منعكسًا، ولذا اعترض على ابن الحاجب بما قدمناه عنه في عدم عكسه.

(فإن قلت): إن صح ما أشرتم إليه فهلا اعترض عليه أيضًا بعدم العكس في المعلق.

(قُلتُ): الظاهر أن لا فرق، ولذا كان تتميما لحده فتكون الجملتان المذكورتان حالين من المفعول من باب جاء زيد والشمس طالعة فتأمله وهذا تحمل والأظهر أن ذلك ليس من الحد، وهو استئناف وما أورد على ابن الحاجب من الجزء وارد عليه أولا.

(فإن قلت): إذا قال لزوجته أنت علي مثل فلانة الأجنبية هل هو ظهار من الكنايات أو طلاق أو ليس ظهارًا ولا طلاقًا.

(قُلتُ): فيه خلاف مشهور في المطولات حيث تكلموا على صريح الظهار وكنايته، وفيه اضطراب في المذهب، وقد قال جماعة بأن ذلك طلاق، ولذا قال الشيخ بظهر أجنبية ليخرج به هذه الصورة.

القاضي: هو محرم؛ لأنه منكر وزور.

ابن شعبان: يؤدب المظاهر، ونقل الباجي قبل قولها رواية المبسوط: الظهار يمين

(فإن قلت): ما ذكرته وقع لابن القاسم وهو المشهور فالحد عنده على المشهور، وقد قدمت الآن في الإيلاء ما رجح به حده على حد ابن الحاجب.

(قُلتُ): هذا وقع للشيخ فيه اختلاف في حدوده وقد قدمناه، وانظر ما للشيخ ابن عبد السلام هنا في أول الظهار؛ لأنه مما يناسب ما قلناه وقول الشيخ: وأصوب منه يعني أصوب من حده الأول وعبر بالأصوب لا بالصواب ليدل على أن كلا منهما صواب كما قال ابن الحاجب وأصح الحدود قيل: ولو قال: وصحيح الحدود لكان صوابا، وقيل: لا يحتاج إلى ذلك؛ لأن الأصح في الفرعيات يقال فيه أصح ومقابله صحيح وفي غيرها يقابله الفاسد؛ وللشيخ ابن عبد السلام بحث في ذلك إذا قلنا: إن المصيب واحد انظر السلم منه، وقوله في الحد الثاني تشبيه إلخ التشبيه مثل التشبيه في الحد الأول قوله ذي حل متعة هو أخصر مما تقدم؛ لأنه يدخل فيه شيئًان كما ذكره أولا بلفظ واحد قوله حاصلة أو مقدرة يدخل فيه الظهار المعلق والحاصل، وهو أصرح من الأول، وهذا يدل أنه من تمام الحد الأول قوله بآدمية يتعلق بمتعة أخرج به إذا شبه المتعة بغير آدمية قوله إياها يظهر أنه مفعول بتشبيه؛ لأن التشبيه مضاف للفاعل المضاف إلى المتعة المقيدة بما ذكر وعطف الجزء على ذلك ليدخل به تشبيه البعض كما ذكر فإنه ظاهر كما تقدم، ولم يقل الشيخ وكلها وهذا أخصر فتأمله.

قوله: (بظهر أجنبية) هذا المشبه به كما قدمنا، وهو كناية الظهار كما تقدم قوله أو بمن حرم أبدا وهذا أعم مما تقدم في قوله بمحرم منه؛ لأنه أكثر أفرادًا من المحرم فيدخل فيه إذا عقد على امرأة في العدة، ودخل بها فيها، فإنها تحرم أبدا، فإن شبه زوجته بتلك المرأة كان ذلك ظهارًا على حده هذا، ولا يدخل ذلك في الأول وكذلك غير هذا من المسائل المعلومة بتحريم الأبد قوله أو جزئه أشار به إلى أن المشبه به يكون كلا وجزءا كما قدم في المشبه وهذا صريح، ولذا يكون تشبيه كل بكل وجزء بجزء، وهو عطف على من والضمير عائد باعتبار اللفظ قوله في الحرمة هذا هو وجه الشبه بين المشبه والمشبه به ويخرج عنه ما ذكرناه أولا، وهو أخصر مما ذكر في الأول في قوله تمتعه بهما وظهر مما ذكرناه كون الرسم الثاني أصوب من الأول اختصارا وجمعا.

(فإن قلت): إذا كان أصوب بمعنى أحسن لأجل اختصاره فهو صحيح؛ لأن الحد الأول لا يخل بطرد ولا عكس، وقد زاد في الثاني ما ليس في الحد الأول في قوله بمن حرم أبدا وقلتم ذكره ليدخل به ما قدمنا، فإذا صح ذلك صح أن يقال الحد الأول غير جامع فلا يصدق فيه أنه حسن؛ لأنه لا يوصف بالحسن والصواب إلا ما كان لا يرد عليه نقض لا طردا ولا عكسا.

(قُلتُ): لنا أن نقول بأن الأصوب المراد به الحد الصحيح لا الأكمل؛ لأن الصواب مقابله الخطأ، وهو كما قيل في كلام ابن الحاجب وأصح الحدود، وما قدمنا مما يوهم أن الأصوب والأصح متغايران فيه بحث والله الموفق.

تكفر، يحتمل الجواز، والكراهة أرجح.

وفيها: إن قال: أنت علي كرأس أمي أو قدمها أو فخدها ونحوه فهو مظاهر.

وقال بعض كبار أصحاب مالك: من قال: رأسك علي كظهر أمي أو يدك أو أصبعك مظاهر.

اللخمي: هذا إن نوى تحريم الوطء في العضو الذي علق به التحريم من الزوجة، ويختلف إن نوى تحريم غير الوطء، فقال: قبلتك أو ملامستك أو مضاجعتك علي كظهر أمي، فعلى قول مالك لا يقبل المظاهر ولا يباشر؛ لأن ذلك لا يدعوا لخير لا ينعقد فيه ظهار لجعله منع ذلك خوف أن يقع في الإصابة لا لتعلق الكفارة به، كقول أَصْبَغ: من قبل أو باشر في صوم ظهاره لا شيء عليه، وقال عبد الملك: يفسد صومه، وقاله سَحنون ثم رجع.

وعليه يكون مظاهرا إذا علم الظهار أو أفرد ذلك بالنيَّة أو النطق، فإن قيل: إنما لم يدخل في: أنت علي كظهر أمي لعدم قصده، وأن اللفظ إذا تضمن الوطء، ولو قصد ما سواه تعلق الظهار به.

قيل: يلزم عليه إذا قصد بظهاره حرمة الوطء في الفرج فقط أن لا يدخل فيه غيره.

قُلتُ: لا يلزم من عدم تعلقه به كتعلقه بالوطء حيث لا يعينه عدم تعلقه به إن عينه ضرورة اعتبار مزية التعيين؛ ولأن عدم تعلقه به كالوطء في عدم التعيين لا يوجب إهمال اللفظ، ولو لم يتعلق به في التعيين لزم إهماله.

وقوله: (فإن قيل... إلخ).

قُلتُ: إن أراد فيما جعله لازمًا بقوله فيه ألا يدخل فيه غيره عدم دخوله مساويًا لدخول الوطء فيه، قلنا بموجبه لعدم مساواته للوطء في تحتم الكفارة به، وإن أراد عدم دخوله مطلقًا منعناه؛ لأنه داعية للوطء الممنوع اتفاقًا وداعية الممنوع ممنوع، وهو من الممنوع متعته بها لغو لنصها مع غيرها في المشتركة والمعتق بعضها والمعتقة إلى أجل.

الباجي والجلاب: والمكاتبة.

وعزاه اللخمي لسَحنون، وقال: لأن مقتضى يمينه على ما هي عليه ذلك اليوم إلا أن ينوي، ولو عجزت فيلزمه كقوله لأجنبية: أنت علي كظهر أمي اليوم إن تزوجتك.

وقول ابن الحاجب وابن شاس: وفي المكاتبة قولان؛ لا أعرفه إلا لابن محرز عن المذاكرين قائلًا: شبيه مجوسي ظاهر بعد إسلامه من امرأته المجوسية ثم أسلمت. قال: وكذا من ظاهر من أمته المتزوجة ثم طلقت.

ابن بشير: وعليهما لو أعتق أمة مكاتبة ثم عجز في لزوم ذلك العتق قولاهما بناء على أن عجز المكاتب حدوث ملك أو دوام.

[باب شرط المظاهر]

وشرط المظاهر: إسلامه:

وتقدم الخلاف في نذر الكافر وطلاقه.

وتكليفه: فهو من المجنون لغو.

ومجمل قول بعض المتأخرين: من به لمم وانتظمت له في بعض الأوقات الكلم لزم ظهاره على كونه حينئذٍ مميزًا لامتناع تكليف المجنون.

وبلوغه: وقد مر طلاق المراهق ولو حلف به صغير مميز وحنث بعد بلوغه فكعتقه كذلك في لزومه ولغوه، قول ابن كنانة والمشهور.

وفيها: لزوم ظهار السكران، وجعله اللخمي كطلاقه.

الباجي عن محمد: من أفاق من سكره فقالت له امرأته: ظاهرت مني في سكرك؛ فقال: لا علم لي؛ لم يقربها حتى يكفر.

وفي انعقاده من متعذر الوطء كالمجبوب والمعترض والشَّيخ الفاني؛ تخريج اللخمي على قول ابن الماجِشُون: يبطل صوم المظاهر بقبلته ومباشرته، ونقله عن ابن زياد مع سَحنون، والتخريج على قول مالك فيها: لأن قبلته ومباشرته لا تدعو إلى خير.

قُلتُ: لم يذكر الشيخ في النوادر غير قول سَحنون، وذكر العنين بدل المعترض، وكذا الباجي قائلًا هذا على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء، وذكر ابن محرز وغيره الأول على أنه مقتضى قول ابن القاسم والبغداديين باقتضاء الظهار منع التلذذ بالمظاهر منها بوطء أو غيره، وعزا الثاني لسَحنون وأَصْبَغ.

وقال ابن الحاجب: يصح ظهار العاجز عن الوطء لمانع فيه أو فيها

كالمجبوب والرتقاء.

وقال سَحنون: لا يصح.

ابن عبد السلام: الأول قول العراقيين من أصحابنا.

قُلتُ: هذا يقتضي أنه نص للعراقيين ولا أعرفه إلا إجراء كما تقدم لابن محرز.

وفيها: من ظاهر من امرأته وهي حرة أو أمة أو صغيرة أو محرمة أو حائض أو كتابية لزمه، وكفارته منهن سواء.

ابن محرز: يعني صغيرة لا تجامع لأنها زوجة، ولأنها يمكن التلذذ بها في الحال بغير الوطء.

وقال سَحنون: إنما ينهى عن التلذذ بغير الوطء خوف الذريعة للوطء والحائض يتلذذ بها والمحرمة لا يرفع إحرامها عصمته عنها وكذا المعتكفة، وهذا لا يختلفون فيه، وعليه لو قال: أنت علي كظهر زوجتي المحرمة أو المعتكفة لم يلزمه ظهار بخلاف قوله كظهر مكاتبتي.

اللخمي: إن ظاهر محرم بقوله: أنت علي كظهر أمي ما دمت محرمًا لم يلزمه ظهار، ولو لم يقل ما دمت محرمًا لزمه.

وفي وجوب ترك الاستمتاع بغيره [illegible] واستحبابه نقل ابن رُشْد عن مُطَرِّف مع ظاهر قول مالك يجب على المرأة منعه نفسها، وإن رفعته للإمام حال بينهما، وسَحنون مع أَصْبَغ حسبما مر.

اللخمي: في حرمة قبلتها ومباشرتها ومنعهما للذريعة قولا ابن الماجِشُون ومالك فيها: وعليهما المضاجعة. قال: وفي منع رؤيته شعرها قول مالك فيها، وإجازته ابن القاسم في العتبيَّة قائلا: لا بأس أن تخدمه وتستتر منه.

محمد: لا يتلذذ منها بنظرة شهوة.

قُلتُ: ما نقله عن ابن القاسم من إجازة النظر إلى شعرها وهمٌ، إنما هو فيها لأشهب، وهي آخر مسألة من سماعه. قال فيها ما نصه: قال أشهب: قلت لمالك: هل يرى شعرها؟ قال: نعم، أرجو ذلك.

وفي سماع عيسى ابن القاسم في المظاهر تخدمه امرأته وتناوله الشيء وتستتر.

ابن رُشْد: قوله: وتستتر أي: لا ينظر إلى شعرها كما في المدَوَّنة.

وفيها: جائز كونه معها في بيت، ويدخل عليها بغير إذن إن كان مأمونًا.

عياض: أخذ منه فيمن حلف بطلاق ليفعلن لا يترك معها إلا أن يكون مأمونًا، ولو غيًّا ظهاره ففي عمومه وتقييده بوقته، المشهور وتخريج اللخمي على رواية مُطَرِّف واختاره اللخمي، ولو أجل ابتداءه ففي لزومه عاجلًا ووقفه المشهور وتخريج اللخمي على رواية مُطَرِّف.

وفيها: من قال: أنت علي كظهر أمي إلى قدوم فلان لم يلزمه ظهار حتى يقدم فلان، كقول مالك في أنت طالق إلى قدوم فلان لا طلاق عليه حتى يقدم.

اللخمي: قد يفرق فيلزمه الظهار الآن؛ لأن "إلى" غاية فتحمل عليها حتى يقوم دليل إرادته الشرط، ولأن ذلك مما يقصد في الظهار، وحمل على الشرط في الطلاق لامتناع قصد حقيقة الغاية فيه، والعتق كالطلاق.

عياض: تأول الأكثر أن "إلى" هنا بمعنى عند.

قُلتُ: إن أرادوا حمل اللفظ عليه لإرادته منه فواضح، وإن أرادوا لذاته فبعيد، والصواب تعجيل الظهار ثم في دوامه وتقييده بالغاية القولان.

وفيها: من قال: أنت علي كظهر أمي اليوم إن كلمت فلانا أو دخلت الدار فمضى اليوم ولم يفعل لم يكن مظاهرًا.

اللخمي: وقاله مالك ومُطَرِّف وابن عبد الحَكم، وقيل: يلزمه الحنث، وإن جعل اليوم ظرفا للظهار ويلزم عليه لو تقدم وطؤه إياها بعد يمينه ثم حنث أن تلزمه الكفارة.

الشيخ في الموازيَّة: من قال: إن لم أفعل كذا فأنت علي كظهر أمي إن ضرب أجلا فله الوطء وإلا فلا، فإن رفعته أجل من حينئذ ووقف لتمامه، فإن فعل بر، وإن قال: ألتزم الظهار وأخذ في كفارته لزمه ولم تطلق عليه بالإيلاء حين دعي للفيئة وصار كذي سجن أو مرض، فإن فرط في الكفارة صار كمؤلٍ يقول: أفيء، يختبر المرتين، ويطلق عليه بما لزمه من الإيلاء.

أَصْبَغ: هو كمظاهر مضار يطلق عليه بعد أربعة أشهر من يوم لزمه الظهار، وهو

من يوم وقف في الإيلاء لم يقدر أن يمس فيه؛ لأنه من يومئذ وجب عليه، وكان قادرًا أن يسقطه بفعل ما حلف عليه.

ومن قال قبل البناء: امرأته عليه كظهر أمه إن بنى بها حتى يتزوج عليها، فليكفر أحب إلي من أن يتزوج؛ إذ لعله يتزوج من ليست ممن تنكح مثله.

وقول ابن الحاجب مع ابن شاس: لو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت علي كظهر أمي فإنما يلزمه عند الإياس أو العزيمة على خلاف ما تقدم، وقبله ابن عبد السلام، ولا أعرفه، ومقتضى المذهب خلافه.

في الأيمان والنذور منها: إن قال: أنت طالق إن لم أفعل كذا حيل بينه وبينها حتى يفعل ذلك وإلا دخل عليه الإيلاء، وفي ظهارها من قال: أنت علي كظهر أمي اليوم مظاهر، كمن قال: أنت طالق اليوم، فجعل الظهار كالطلاق.

وقال ابن رُشْد: في آخر مسألة من كتاب الظهار فيمن قال: أنت علي كظهر أمي إن لم أتزوج عليك، إن أراد أن يكفر ليحل عن نفسه الظهار فيجوز له الوطء فله ذلك، فإن لم يفعل وطلبته امرأته بالوطء ورفعته للسلطان ضرب له أجل الإيلاء.

وسمع عيسى ابن القاسم من قال: امرأتي علي كظهر أمي إن فعلت كذا لا تجزئه كفارته قبل حنثه كحلفه بالطلاق: لأفعل كذا، لا يجزئه تقديم طلاقه على حنثه.

ابن رُشْد: هو في الظهار أوضح؛ لأن طلاقه يجب بحنثه، والكفارة لا تجب بحنثه في الظهار، ولو حلف بالظهار ليفعلن كذا، ولم يضرب له أجلا صح له تقديم الكفارة؛ لأنه على حنث كالطلاق كذلك.

وفي الموازيَّة: من حلف بالطلاق ليقتلن فلانًا، ولم يضرب أجلا لم يبر بالطلاق، فإن مات فلان قبل أن يقتله وقع عليه الطلاق؛ لأن موت فلان كانقضاء الأجل.

قُلتُ: كذا نقلها الشيخ في النوادر: وقال: ليكلمن بدل ليقتلن. قال: وقال ابن القاسم: سمعت الليث. قال: من حلف بالظهار ليتزوجن له ترك ذلك ويكفر، وكذا ليعتقن رقبة بغير عينها، ولو عينها لم يكن له أن يحنث نفسه.

وفيها: مع غيرها في تكرر الظهار بسيطًا أو معلقًا على متحد كفارة واحدة، ولو نوى تعدده إلا أن ينوي تعدد الكفارة فتتعدد، وعليه في كون حكم ما زاد على الواحدة

حكم كفارته فلا يطأ قبله ويقدم على غيره، أو حكم النذر فيطأ، ولا يقدم.

نقلا الصقلي عن الشيخ وأبي عمران مع القابسي.

ابن رُشْد: قال أبو إسحاق: يجوز له الوطء بعد الكفارة الأولى قبل الثانية.

ابن رُشْد: هو الواجب عليه؛ لأنه لو كفر قبل أن يطأ لم تجزئه الكفارة إذ ليس بمظاهر، إنما هو كمن قال: إن وطئت امرأتي فعلي كفارة الظهار.

قُلتُ: لفظ اللخمي كالتونسي، ولو حدث التكرار بعد تمام كفارة الأول تعددت لما بعدها اتفاقًا، ولو حدث في أثنائها ففي إجزاء ابتدائها عنهما، ولزوم تمام الأولى وابتداء ثانية، ثالثها: هذا إن لم يبق من الأولى إلا اليسير، وإن مضى منها يومان أو ثلاثة أجزأ إتمامها عنهما.

للصقلي، عن كتاب محمد، ونقله واختياره، وله مع الشيخ عن أَصْبَغ في العتبيَّة، الثاني: إن كان الأول قولا بغير يمين والثاني بيمين حنث فيها، والأول في عكسه والمتماثلين، وعزا ابن رُشْد الأول لابن القاسم.

ولو تكرر معلقا ففي تعددها ووحدتها؛ ثالثها: إن اختلف ما علق عليه لابن رُشْد مع الشيخ عن ابن حبيب عن أَصْبَغ، وابن رُشْد عن ابن الماجِشُون مع اللخمي عنه مع المغيرة، وابن رُشْد عن ابن القاسم.

ولو تكرر بعد حنثه في الأول والثاني بسيط أو بالعكس ولم يكفر للأول فيهما، ففي تكررها **ثالثها: في العكس** لابن رُشْد عن ابن القاسم مع اللخمي عن محمد، وتخريجه على قول المغيرة، وعن أَصْبَغ في العتبيَّة.

الشيخ عن مختصر ابن عبد الحَكَم: من وطئ في ظهاره ثم ظاهر منها فعليه كفارة أخرى، وقول ابن الحاجب: لو عاد ثم ظاهر لزم ظهاره دون خلاف، وليس كذلك؛ لأن الباجي وجه الخلاف في تعدد الكفارة على الخلاف في أن العودة توجب الكفارة أو صحتها، ولو قال: لو وطئ بدل لو عاد استقام.

وفيها: من ظاهر من أربع نسوة في كلمة واحدة كفارة واحدة تجزئه، زاد في سماع عيسى أنه إن جهل فظن أن لا تجزئه إلا كفارة كفارة فصام عن إحداهن أجزأه عن جميعهن.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وفيها: من قال لأربع نسوة: إن تزوجتكن فأنتن علي كظهر أمي لزمه الظهار في من تزوج منهن، إن تزوج واحدة منهن فكفر سقط ظهاره في جميعهن، فإن لم يكفر وماتت أو طلقها لم تلزمه كفارة ثم تزوج من البواقي لم يطأها حتى يكفر، إن وطئها تعينت الكفارة، ولا يسقط ظهاره إلا بكفارة واحدة في جميعهن.

اللخمي: من قال: أنتن علي كظهر أمي إن كلمتكن، ففي المدَوَّنة: عليه ظهار واحد وذكر ابن خويز منداد: عليه لكل واحدة كفارة.

قُلتُ: لابن رُشْد في: إن تزوجتكن كفارة واحدة، اتفاقًا.

وسمع ابن القاسم: من قال: كل امرأة أتزوجها علي كظهر أمي، أو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها عليك هي علي كظهر أمي تجزئه كفارة واحدة.

ابن رُشْد: هذا كقولها وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم: لكل امرأة كفارة، وقاله ابن نافع وأشهب ومالك مرة.

ابن رُشْد: وهذا أظهر؛ لأن الظهار كان في الجاهلية طلاقا، فخفف الله تعالى برفعه بالكفارة، فكما كان الطلاق يلزم في كل واحدة فكذا الكفارة.

وفيها: من قال لأربع نسوة له: من دخل منكن هذه الدار فهي عليه كظهر أمه فدخلنها كلهن، أعليه كفارة واحدة أم أربع؟ قال: لم أسمع فيه شيئًا، وأرى عليه في كل واحدة كفارة، بمنزلة من قال لنسائه الأربع: أيتكن كلمتها فهي علي كظهر أمي، عليه في كل واحدة بانفرادها ظهار، وكذا من تزوجت منكن.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وقاله محمد، ولم يعجب أبا إسحاق تفرقته بين كل امرأة أتزوجها وبين من تزوجت من النساء، وكذا ليس بينهما فرق في المعنى.

عياض: الفرق أن أصل وضع (من وأي) للآحاد فعرض لها العموم فعمت الآحاد من حيث أنها آحاد، وأصل وضع (كل) للاستغراق، فكانت كاليمين على فعل أشياء يحنث بفعل أحدها.

قُلتُ: حاصله أن (من وأي) لكل فرد فرد لا بقيد الجمعية، ومدلول كل ذلك يفيد الجمعية منضمًا إلى التحنيث بالأقل.

عياض: وليس كما فرق به بعض الشيوخ أن (من) للتبعيض في قوله: من النساء؛ إذ ليست للتبعيض؛ بل لبيان الجنس، ولا أثر لها هنا؛ لأنه لو قال: كل من تزوجت من النساء فهي علي كظهر أمي كان كمن قال ذلك وإن لم يقل من النساء.

اللخمي: اختلف إن قال: إن دخلتن فدخلت واحدة منهن، فقول ابن القاسم: لا شيء عليه حتى يدخل جميعهن، وقيل: يحنث فيهن جميعا بدخول واحدة ويوقف عنهن، وقول أشهب: يحنث فيمن دخلت فقط، ولا شيء عليه في الأخرى حتى تدخل.

قُلتُ: ظاهر لفظه أن الأقوال نص لا تخريج من مسألة كتاب العتق فيمن قال لأمتيه: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان.

وقال عياض: خرج بعض شيوخنا في قوله: (إن تزوجتكن) ما في مسألة (إن دخلتما الدار) من الخلاف، وفيه نظر.

الباجي: من قال: إن دخلتن الدار فأنتن علي كظهر أمي فلا يلزمه في جميعهن إلا كفارة واحدة، إن دخلتها إحداهن ثبت حكم ظهاره في جميعهن، ولو قال: كل من دخلت منكن الدار فهي علي كظهر أمي فظاهر المذهب أنه كقوله من دخلت منكن، رواه محمد، وفي سماع ابن القاسم تجزئه كفارة واحدة.

قُلتُ: ما ذكره عن محمد لم أجده له في النوادر، وما ذكره عن سماع ابن القاسم ليس هو في قوله: (كل من دخلت)، إنما ذكره في قوله: كل امرأة أتزوجها حسبما تقدم، وفي النوادر عن الموازيَّة: قوله: إذا تزوجت منكن كقوله: من تزوجت منكن عليه لكل واحدة كفارة.

[باب صريح الظهار]

الصيغة: ابن شاس وابن الحاجب: صريحه ما فيه ظهر مؤبدة التحريم كظهر أمي أو عمتي[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما فيه ظهر) أي: الصيغة التي فيها ظهر مؤبدة التحريم.
(فإن قلت): لأي: شيء ذكر (مؤبدة التحريم) ولم يقل ذات محرم. (قُلتُ):لأنه صوب في الحد الثاني ما قدم؛ لأنه أعم وأجمع واقتضى أنه لا بد من ذكر الظهر مع المحرم.

[باب الكناية الظاهرة في الظهار]

وكنايته الظاهرة: ما سقط فيه أحدهما كأمي أو كظهر فلانة الأجنبية.

[باب الكناية الخفية في الظهار]

والخفية: كاسقني الماء مرادا به الظهار[1].

ابن رُشْد: صريحه عند ابن القاسم وأشهب ما ذكر فيه الظهر في ذات محرم وغيرها، وعند ابن الماجِشُون ما ذكر فيه ذات محرم ولو لم يذكر الظهر، وكنايته عند أشهب أن لا يذكر الظهر في غير ذات محرم، وما ذكر فيه الظهر عند ابن الماجِشُون غير كناية، فلا كناية له عنده. قال: والفرق بين صريحه وكنايته أنه في كنايته يصدق في إرادته به الطلاق مستفتيًا أو حضرته البينة، وصريحه لا يصدق في إرادته الطلاق به إن حضرته البينة، فيؤخذ بالطلاق لإقراره وبالظهار للفظه، فلا سبيل له إليها إن تزوجها بعد زوج حتى يكفر كفارة الظهار، وروى أشهب وقال ابن القاسم مرة: يكون ظهارًا لا طلاقًا

[1] قال الرَّصاع: قال كاسقني الماء مراد به الظهار هذا لفظه: أولا.
(فإن قلت): الجاري على ما ذكره في الرسمين أن يقول الخفية ما لم يذكر فيه واحدا منهما.
(قُلتُ): المعنى عليه وحذفه اختصارًا، وقال بعد وكنايته الخفية ما معنى لفظه إلخ انظره مع هذا.
(فإن قلت): قد نقل ابن رُشْد عن ابن القاسم وأشهب أن صريح الظهار ما يذكر فيه الظهر في ذات محرم وغيرها وعند ابن الماجِشُون ما ذكر فيه ذات محرم، ولم يذكر الظهر والرسم المذكور لا يصدق على كل قول منهما.
(قُلتُ): لا نسلم عدم صدقه على قول ابن القاسم؛ لأنه قال ما يذكر فيه الظهر في ذات محرم وغيرها فقوله غيرها يعم المحرمة ولقائل أن يقول وإن عم فيها فتدخل الأجنبية، فإذا ذكر الظهر معها كان صريحا على النقل المذكور، ولم يكن على الرسم فتأمله، وأما عدم صدقه على قول ابن الماجِشُون فأجلى من ذلك، وتأمل النقل مع الرسم، وحق الشيخ أن ينبه على أن طريقة ابن رُشْد مخالفة لكلام ابن شاس.
(فإن قلت): ما الحاجة إلى تفسير هذه الحقائق.
(قُلتُ): الحاجة إليها في تفسير لفظه في إرادته الطلاق دون الظهار في بعض الألفاظ والصريح لا يصدق فيه أنه أراد به الطلاق ويصح في الكنايات والكناية يصدق فيها مطلقًا والصريح إذا أتى مستفتيا صدق وإن حضرته البينة به يصدق ويؤخذ بالطلاق لإقراره به وبالظهار بصريح لفظه.

وإن نواه.

وفيها: من قال: أنت علي حرام مثل أمي مظاهر؛ لأنه جعل للحرام مخرجًا حين قال: مثل أمي. قال غيره: ولا تحرم؛ لأن الله تعالى أنزل الكفارة في الظهار، ولا يعقل من لفظ به سوى التحريم، وسمع ابن القاسم مثله. قال: ونزلت عندنا، وكتب بها للمدينة، فقال مالك: هو ظهار، وكذا قوله لأمته: أنت أحرم علي من أمي.

ابن رُشْد: تكرر هذا في جملة أسمعة، وتحصيله أن التحريم بذات محرم، ولو بظهر أو رضاع ظهار، ولو لم يسم الظهر ما لم يرد به الطلاق.

فإن أراده ففي كونه ظهارا أو طلاقا ثلاثا، ثالثها: إن سمى الظهر وإلا فطلاق لابن الماجِشُون وابن القاسم ورواية أشهب، وعلى الثاني في تنويته في المدخول بها قولا سَحنون وابن القاسم.

والتحريم: بالأجنبيات طلاق إن أراد به الطلاق، وإن لم يرده أراد به الظهار أم لا في كونه طلاقًا أو ظهارًا، ثالثها: إن لم يسم الظهر لابن الماجِشُون وأبي زيد عن ابن القاسم وقوله فيها.

قُلتُ: قال في المقدمات: إثر ذكره قول ابن الماجِشُون إلا أن يريد بقوله مثل فلانة في هوانها عليه ونحوه، فينوى ولا شيء عليه، وقال بعضهم: معنى قول ابن الماجِشُون إذا لم يرد الظهار، ولو أراده لزمه إن تزوجها بعد زوج، والصحيح أنه لا يلزمه، ولو نواه، وعزا الثاني لأبي زيد عن أشهب وإليه عزاه الصقلي.

وخص اللخمي الخلاف في أنت علي كظهر أمي أو كأمي بمن كان عالمًا بموجب الظهار وأراد به الطلاق. قال: ولو كان يجهل حكم الظهار ويرى أنه طلاق فهو مظاهر، ثم أجرى الخلاف في ذلك في من دعا عبده ناصحا فأجابه مرزوق، فقال: أنت حر، وتقدمت في الطلاق. قال: فعلى عتقها يلزمه الطلاق والظهار، وعلى رقها؛ لأن النيَّة وحدها لغو، وكذا اللفظ دونها؛ لا يلزمه ظهار ولا طلاق. قال: وفي كون أنت علي حرام مثل أمي ظهارًا أو البتة، وإن تزوجها بعد زوج لزمه الظهار قولا ابن القاسم، وما في مختصر الوقار. قال: وفي كونه في الأجنبيات مع ذكر الظهر ظهارا، ولو نوى به الطلاق أو طلاقا ولو نوى به الظهار، ثالثها: إن لم يرد به الظهار فهو تحريم،

ورابعها: ظهار إلا أن يريد به الطلاق، وخامسها: غير طلاق ولا ظهار لمحمد مع عزوه لمالك وأصحابه وابن الماجِشُون وسَحنون وابن القاسم، والتخريج على قول مُطَرِّف في أنت علي كظهر أبي لغو، وإن لم يسم الظهر في كونه طلاقا أو ظهارا إلا أن يريد الطلاق، ثالثها: لغوه فيهما لابن القاسم فيها وأشهب في الموازيَّة، والتخريج على قول مُطَرِّف، ولو قال: كفلانة ونوى غير الظهر لم يكن مظاهرا اتفاقًا.

ورد ابن بشير الخامس بالفرق بأن هذا في الذكور لا يباح بحال فكان كالتشبيه بالجماد، وخص الأقوال الخمسة بما إذا لم يسم الظهر. قال: ولو سماه لكان ظهارا.

سَحنون: من قال: أنت علي كظهر فلانة الأجنبية إن دخلت الدار ثم تزوج فلانة ثم دخل الدار فلا شيء عليه.

اللخمي: اختلف في هذا الأصل في رعي حاله يوم اليمين أو يوم الحنث والأول أحسن إلا أن يراعى كونه على بر.

الشيخ: انظر لو دخل الدار ثم تزوجها قبل أن يكفر.

الصقلي: الذي أرى لزومه بدخوله، فلا يزيله تزويج الأجنبية كموتها بعد دخوله.

ابن رُشْد في سماع سَحنون: وجه قوله أنه حمل يمينه أنه أراد أنت كظهر فلانة مني يوم أدخل هذه الدار، وعلى قياسه لو قال: أنت كظهر فلانة لامرأة له أخرى إن دخلت هذه الدار فأبان فلانة ثم دخلها أن يلزمه الظهار، وإن ألغينا الظهار في هذه لزم في مسألة سَحنون، والأظهر حمله على أنه أراد أنت علي كظهر فلانة اليوم إن دخلت الدار متى دخلتها، وهو الآتي على قولها إن كلمت فلانا فكل عبد أملكه حر إنما تلزم يمينه فيما كان له يوم حلف، وكذا إن كلمت فلانا فكل عبد أملكه حر إنما تلزم يمينه فيما كان له من الصقالبة حر، فاشترى بعد يمينه وقبل كلامه صقلبيا أنهم أحرار، وقول سَحنون على سماع زونان في إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها بمصر طالق، إنما يلزمه الحنث فيمن يتزوج بعد كلامه لا فيما بعد يمينه وقبل كلامه.

وفيها: إن قال: أنت علي كظهر فلانة الأجنبية، وهي متزوجة أولا فهو مظاهر، وقال غيره: هي طالق.

أبو إبراهيم: قول الغير خلاف قاله فضل وابن رُشْد وهو قول عبد الملك، زاد

بعد: ولا نيَّة له، وزاد أيضًا بعد: إلا أن يريد بذلك التحريم فيكون البتات، ومن قال: أنت علي كظهر أبي أو غلامي ففي كونه ظهارا ولغوه فيهما نقلا.

الشيخ عن أَصْبَغ مع ابن القاسم وابن حبيب قائلا: هو منكر من القول. قال: ولو قال: كأبي أو غلامي فهو تحريم.

الصقلي: الصواب قول ابن القاسم؛ لأن الأب والغلام كالأم في تأبيد التحريم وخرجهما ابن رُشْد على قولي ابن القاسم وابن وَهْب بإباحة إتيان النساء في أدبارهن وحرمته.

وفيها لربيعة من قال: أنت علي مثل كل شيء حرمه الكتاب مظاهر.

ابن شهاب: وكذا كبعض ما حرمه الكتاب.

الصقلي: وبقول ربيعة قال ابن الماجِشُون وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ.

وقال ابن نافع: هو البتات، والصواب لزومهما معًا.

قُلتُ: وقاله اللخمي وعزا الثاني لمالك في المبسوط وابن القاسم في العتبيَّة، وذكر قول ابن شهاب كأنه المذهب. قال: لأن الأم والأخت ممن حرم عليه من النساء، وصور مسألة ربيعة بقوله له: إن قال: أنت حرام مثل كل شيء حرمه الكتاب، وهو خلاف، وذكر ابن أبي زَمَنَيْن لابن نافع مثل قول ابن القاسم.

عبد الحق: يحتمل كون قول ربيعة أنها تحرم عليه بالثلاث، فإذا تزوجها لزمه الظهار، واختصه بالذكر؛ لأنه قد يتوهم أنها إذا حرمت عليه لا يعود عليه الظهار، فيرجع القولان إلى وفاق.

ابن محرز: معنى قول ربيعة أنه حمله على أن قصده كل شيء حرمه الكتاب من النساء، ومعنى قول ابن القاسم أنه حمله على عمومه.

قُلتُ: ولذا قال بعضهم: لو قال: أنت علي حرام مثل من حرمه الكتاب لزمه الظهار، ولو قال: مثل ما حرمه الكتاب لزمه الطلاق؛ لأن «من» لمن يعقل، و«ما» لما لا يعقل كالميتة والخنزير، وفي كل شيء حرمه الكتاب في لزوم الظهار أو الثلاث ثالثها: هما.

قُلتُ: هذا إن كان القائل يفرق بين (ما ومن) بما ذكر، وفي الزاهي: من قال: أنت

علي كبعض ما حرمه القرآن مظاهر.

قُلتُ: الأحوط لزوم البتات والظهار كما تقدم.

وسمع يحيى ابن القاسم: من قال لجاريته: لا أعود لمسيسك حتى أمس أمي لا شيء عليه.

ابن رُشْد: لأنه كمن قال: لا أمس أمتي أبدا.

قُلتُ: انظر هل هذا مثل قوله: إن وطئتك فقد وطئت أمي.

نقل ابن عبد السلام: أنه لا شيء عليه ولم أجده لغيره، وفي النفس شيء من نقله.

الصقلي: إذ لم يذكره أبو محمد في النوادر، وانظر هل هو مثل قوله: أنت أمي.

سمع عيسى أنه ظهار، وهذا أقرب من لغوه؛ لأنه إن كان معنى قوله: إن وطئتك وطئت أمي لا أطؤك حتى أطأ أمي فهو لغو، وإن كان معناه: وطئي إياك كوطئي أمي فهو ظهار، وهذا أقرب لقوله تعالى: ﴿قَالُوٓاْ إِن يَسۡرِقۡ فَقَدۡ سَرَقَ أَخٞ لَّهُۥ مِن قَبۡلُۚ﴾ [يوسف: 77] ليس معناه لا يسرق حتى يسرق أخ له من قبل وإلا لما أنكر عليهم يوسف عليه السلام؛ بل معناه سرقته كسرقة أخيه من قبل، ولذا أنكر عليهم.

وكنايته الخفية، ما معنى لفظه مباين له وأزيد منه؛ إن لم يوجب معناه حكمًا اعتبر فيه فقط كاسقني ماء وإلا ففيها كأنت طالق، وأشار في المقدمات إلى إجرائها على خفية الطلاق، فتلغى على قول مُطَرِّف وروايته لغوها في الطلاق، وعلى قول أشهب فيها إن لم ينو فيها معنى التعليق.

قال: وعلى رواية أشهب عول الأبهري، فقال: صريح الظهار ظهار، وإن نوى به الطلاق، كما أن صريح الطلاق طلاق، وإن نوى به الظهار، وهذا لا يصح على قول ابن القاسم من قال لامرأته: أنت طالق وأراد به الظهار، لزمه بإقراره، والطلاق بظاهر لفظه.

وفيها: كل كلام نوى به الظهار ظهار، ولا يسقطه غير معلق أصلا أو مآلا طلاق الثلاث.

سمع عيسى ابن القاسم: وجوه الظهار ثلاث؛ أنت علي كظهر أمي دون حلف، أو إن كلمت فلانا فكلمه لا يسقطها طلاق الثلاث، ولو تزوجها بعد عشرين زوجا،

وقبل حنثه يسقطه؛ لأن ملك النكاح الذي حلف عليه ذهب، ويسقط الأولين موتها إن لم يكن وطئها.

ابن رُشْد: معاني افتراقها بينة.

وفيها: لا يسقط المعلق ما قصر عن الثلاث من الطلاق لبقاء متعلق اليمين به من العصمة.

وثبوته معلقا على تزويج الأجنبي واضح: ولما كان المعلق قبل ثبوت ما علق عليه غير ثابت كان الظهار معلقا على التزويج بعد طلاق، كذلك لا بقيد حصوله ككونه معلقًا قبل الطلاق.

فيها لمالك: من قال لامرأته: إن تزوجتك فأنت طالق، وأنت علي كظهر أمي إن تزوجها وقعا معًا، فإن تزوجها بعد ذلك لم يقربها حتى يكفر للظهار.

ابن القاسم: وكذا لو قدم الظهار قبل الطلاق وهو أبين، ولو قال لامرأة تحته: أنت طالق البتة وأنت علي كظهر أمي طلقت البتة ولم يلزمه ظهار إن تزوجها؛ لأن الظهار وقع وهي ليست له بامرأة بخلاف الأولى؛ لأن المرأة فيها ليست في ملكه فوقعا معا مع النكاح.

ابن محرز: إنما لزماه في الأولى؛ لأن الواو لا ترتب، ولو عطف الظهار بثم لم يلزمه ظهار؛ لأنه وقع على غير وجه اليمين بالظهار.

قال مع غيره: ولو قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق البتة وأنت علي كظهر أمي فكقوله: إن تزوجت لأجنبية.

قال ابن عبد السلام: اختلف الشيوخ في سبب وقوعهما معًا، فمنهم من رآه؛ لأن الواو لا ترتب، ومنهم من قال: إنما ذلك لأنهما يتوجهان معا بالعقد، حتى قال: لو قال ذلك في مجلسين وبدأ بأيهما شاء فإنهما يقعان بالعقد، وقول مالك الذي قدم الظهار في لفظه أبين.

قيل: لأن الواو ترتب عند بعضهم، ويحتمل أنه؛ لأن الحكم حينئذ لا يفتقر لاعتذار.

قُلتُ: قوله: ومنهم من قال: لأنهما يتوجهان معًا لا أعرفه ولا يتم؛ لأنه إن أراد

بقوله ذلك مع اعتبار عدم دلالة الواو على الترتيب فهو تطويل لاستقلال الأول بالتعليل، وإن أراد به ذلك دونه كونه كذلك؛ حيث ثبوت نقيضه، وهو ما يدل على الترتيب، وليس كذلك؛ لما تقدم من نقل ابن محرز لو عطف الظهار بثم لم يلزمه، ولذا احترزنا في الضابط بقولنا لا بقيد حصوله، وقوله وقول مالك الذي قدم الظهار أبين، إنما هو في المَدَوَّنة من قول ابن القاسم.

اللخمي: لو جمع الطلاق والظهار قبل البناء وقدم الطلاق لم يلزمه الظهار.

الصقلي عن الشيخ: بخلاف نسق طلاق على طلاق قبل البناء؛ لأن الطلاق الثاني مثل الأول، والظهار معنى آخر.

وقول القرافي: إذا علق في الأجنبية الطلاق والظهار ينبغي أن لا يقع الظهار؛ لأنهما إنما يقعان عند حصول الشرط، وعند حصوله تكون زوجة قبل البناء، فلا يلزم كالفرع المتقدم؛ يرد بأنه في التي قبل البناء متأخر عن ثبوت الطلاق، وهو في المعلق مقارن له حسبما صرح به مالك، ولما قررناه من أن المعلق قبل ثبوت ما علق عليه غير ثابت، وبهذا يجب أن يفرق بين أنت طالق، وأنت طالق قبل البناء، وبين إن تزوجتك فأنت طالق وطالق، فلا يلزم على القول بواحدة في الأولى واحدة في الثانية.

وفيها: من قال لزوجته: أنت طالق البتة وأنت علي كظهر أمي طلقت ولم يلزمه ظهار إن تزوجها، وتقدم بحث ابن رُشْد فيها في الطلاق.

والمعلق بالقرينة: كالصريح كالطلاق، روى الباجي من ذكر له نكاح امرأة فقال: هي أمي مظاهرٌ إن تزوجها.

الباجي: يريد: لأنه مستند إلى ما عرض عليه من زواجها، فكأنه قال: إن فعلت ذلك فهي أمي، ولو أراد وصفها بالكبر لم يلزمه ظهار.

والممنوع وطؤها لاحتمال مانع عصمتها إن بان عدمه في كونها قبل بنائه كزوجة أو أجنبية خلاف.

فيها: من أسلم على مجوسية فظاهر منها ثم أسلمت بالقرب مظاهر.

ابن رُشْد عن أشهب: لا ظهار عليه. قال: وقول الصقلي: لأنها كانت غير زوجة لا يصح؛ لأنها لو كانت غير زوجة لم ترجع إليه إلا بنكاح جديد؛ بل هي زوجة مخيرة

في فراقها، وذلك لا يمنع تعلق الظهار بها، كمن قال لزوجته: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك ثلاثًا، فتزوج عليها ثم ظاهر منها، أن الظهار يلزمه، وانظر على قول ابن القاسم: إن ظاهر منها قرب إسلامه بحيث لو أسلمت بقيت زوجة، فعرض عليها الإسلام فأبت ووقعت الفرقة، ثم أسلمت فتزوجها، هل يرجع عليها الظهار أم لا؟ إن قلنا: إسلامه لا يقطع العصمة إلا أن يطول الأمر أو توقف فتأبى الإسلام، وهو ظاهر قول ابن القاسم؛ لزمه الظهار، وإن قلنا: حالها حينئذ مترقب لم يلزمه، ولبعض القرويين: أن من ظاهر من مكاتبته فعجزت لزمه قياسًا على هذه، وقاله في من ظاهر من معتقة إلى أجل أو من أمة له فيها شرك فتزوجها بعد عتقها، وهو غلط بين؛ لأنهن لسن له نساء؛ إذ لسن بملك له ولا أزواجه.

قُلتُ: هذا واضح في غير المكاتبة تعجز.

ومن ظاهر من زوجته الأمة بيمين ثم اشتراها قبل حنثه في بقاء يمينه؛ **ثالثها: إن** كان ملك جميعها دفعة لا مترتبًا، لابن رُشْد عن بعض الشيوخ قائلا: كما لو طلقها واحدة ثم تزوجها، وعن غيره منهم قائلا: لأنه ملك يمين لا ملك عصمة، فصار كعصمة بعد الثلاث إلا أن يبيعها ثم يتزوجها فيعود؛ لأنه بقي له فيها طلقتان، ولابن رُشْد قائلًا: أقول: يمينه باقية لا تعود؛ إذ لا عود إلا بعد المفارقة.

ابن رُشْد: من اشترى من ظاهر منها بيمين قبل بيعها، ولو في تفليس، عاد ظهاره عند ابن القاسم بخلاف إرثه إياها، كعبد حلف بعتقه: لا فعل كذا كذلك، ويتخرج ما في العتق من خلاف في الظهار.

وفيها: من قال لامرأته: إن شئت الظهار فأنت علي كظهر أمي، فهو مظاهر إن شاءت وذلك لها ما لم توقف.

قال غيره: إنما هذا على اختلاف قول مالك في التمليك.

قُلتُ: يفرق بأن طول التمليك خيار في العصمة، وفي الظهار في إلزام اليمين.

وكل امرأة أتزوجها علي كظهر أمي **تقدمت فيها؛ بخلاف كل امرأة أتزوجها طالق؛ لأن له المخرج بالكفارة، ولا تجب إلا بالعودة.**

[باب العودة]

وفي كونها العزم على إمساكها أو على وطئها أو عليهما؛ **رابعها:** الوطء للباجي عن روايتي الجلاب والموطأ ورواية للجلاب[1]، وعليها يجوز الوطء مرة ثم تحرم حتى يكفر، وخامسها: مجرد بقاء العصمة لابن رُشْد عن ظاهر قول ابن نافع فيها.

عياض: عليه حمله يحيى بن عمر وتأوله الشيخ وغيره، على أنه أراد العودة قبل طلاقه.

ابن زرقون: تحصيل المذهب في كونها إرادة الوطء، فإن أجمع عليه وجبت الكفارة، ولو ماتت أو طلقها، أو أرادته مع دوام العصمة إن أجمع عليه ثم سقطت العصمة بموت أو طلاق سقطت الكفارة، وإن عمل بعضها سقط سائرها؛ ثالثها: نفس الوطء، للموطأ ولها ورواية القاضي.

قُلتُ: ظاهره لغو مجرد العزم على الإمساك فقط خلاف ما تقدم للباجي.

ابن العربي: أقوى أقوال أصحابنا أنها التمسك بالزوجية.

وسمع ابن القاسم: إن أجمع مظاهر على إمساك زوجته فصام فماتت لا أرى عليه إتمامًا، قيل: لو طلقها لمشقة الصيام. قال: لا أرى عليه إتمامه.

ابن رُشْد: يريد أجمع على إمساكها وإصابتها، ولو لم ينو مصابها ولا أراده ما أجزأه صومه، ولو أتمه إلا على ما يدل عليه قول ابن نافع فيها، وهو قول شاذ خارج عن أقوال العلماء، وقوله: "أو ماتت لم يجب إتمامه صيامه" صحيح على المشهور أن العودة إرادة الوطء والإجماع عليه مع استدامة العصمة إن انفرد أحدهما لم تجب الكفارة؛ بل لا يجزئه إن فعلها وهو غير عازم على الوطء ولا مجمع عليه، فالكفارة على هذا القول تصح بالعزم على الوطء والإجماع عليه ولا تجب إلا بالوطء، وعلى ما في الموطأ أنها إرادة الوطء والإجماع عليه تجب الكفارة عليه إن أجمع على الوطء وإن ماتت أو طلقها، وإن كان عمل بعضها وجب عليه إتمامها.

---

(1) قال الرَّصاع: قال: في الموطأ العزم على الوطء والإمساك معًا، وفي المدَوَّنة على الوطء فقط، وهو ظاهر وتأمل ما بني على ذلك.

قُلتُ: مقتضى نقل الباجي عن الموطأ أنها مجموع العزم على إمساكها وعلى الوطء، ومقتضى نقل ابن زرقون وابن رُشْد أنها إرادة الوطء، والإجماع عليه فقط، ولفظ الموطأ: سمعت أن تفسير قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ [المجادلة: 3] أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على إمساكها وإصابتها[1]، فإن أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة، وإن طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على إمساكها وإصابتها فلا كفارة عليه.

عياض: مذهبها أنها إرادة الوطء مع الإمساك وهو ظاهر الموطأ، وذكر بعض شيوخنا أن معنى الموطأ أنها العزم على الوطء فقط، وقاله مرة في الكتاب، وعليه حملها بعضهم، ونحى إليه اللخمي، ولفظ اللخمي محتمل.

قال الباجي: ليس معنى شرط العزم على الإمساك الأبدية؛ بل لو عزم عليه سنة كان عازمًا.

وسمع ابن القاسم: من تزوج أمة فظاهر منها ثم اشتراها فأعتقها لظهاره منها، ثم تزوجها أجزأه من ظهاره منها.

ابن القاسم: معناه أنه اشتراها غير حامل وإلا كانت أم ولد، وقال مالك: لا يجزئ عتق أم الولد في ظهار.

ابن رُشْد: إنما يجزئه ذلك على القول أن العود العزم على الوطء، وعلى أنه إذا ابتدأ الكفارة في العصمة جاز إتمامها بعد الخروج من العصمة، ويكون معنى المسألة أنه عزم على وطئها قبل أن يشتريها فوجبت عليه الكفارة بذلك، وعلى القول أن العودة العزم على الوطء مع استدامة العصمة، وأنه لا يجوز له أن يتم الكفارة بعد سقوط العصمة وهو المشهور لم يجزئه عتقها ولا الكفارة بعتق غيرها ولا بها سواه إلا بعد أن يتزوجها ويعزم على وطئها.

قُلتُ: في قوله: "حتى يتزوجها" نظر؛ بل مقتضى المذهب إجزاء ذلك مع العزم على وطئها واستدامة ملكها؛ لأن حلية متعة المرأة بالنكاح والملك في الظهار سواء، واستدامة الملك كاستدامة العصمة.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 4/804، في ظهار الحر، رقم (2064).

وسمع القرينان: من طلق من ظاهر منها يرتجع ثم يكفر.

ابن نافع: قول مالك إن كفر قبل ارتجاعه أجزأه إن كان في العدة.

أشهب: إن بانت منه قبل تمام الكفارة سقط ما كفر به من صوم وإطعام وعليه كفارة مبتدأة إن هو تزوجها، وقاله المخزومي.

ابن رُشْد: قوله: " يرتجع قبل الكفارة " إنما هو استحسان لقوله بعد ذلك: إن كفر قبل ارتجاعه أجزأه؛ يريد: إن فرغ منها قبل أن تبين منه كما قال أشهب، ومعناه بعد العودة وهي أن ينوي الرجعة ويعزم على الوطء وإن لم يتم كفارته لم يبن على الصيام اتفاقًا، فإن بانت قبل تمام الكفارة بالإطعام ففي عدم بنائه عليه، ثالثها: إلا أن يتزوجها، ورابعها: الفرق بين مضي أقله أو أكثره، لأشهب مع المشهور وابن عبد الحَكم مع ابن نافع فيها وأَصْبَغ وابن الماجِشُون وقبل تمامها بالصيام ففي بنائه، ثالثها: الفرق بين مضي أكثره وأقله للآتي على قول ابن نافع مع ابن عبد الحَكم ومذهب مالك وقول ابن الماجِشُون.

قال ابن الحاجب: والعود في الموطأ العزم على الوطء والإمساك معًا، وفي المدَوَّنة على الوطء فقط، وروي على الإمساك فقط.

وفيها: تجب الكفارة بالوطء.

ابن عبد السلام: ما ذكره عن المدَوَّنة، ثانيا: أن الكفارة إنما تجب بالوطء، وجعله خلافا لما حكاه عنها أولا، فليس المعنى عندهم على ما فهمه؛ لأن وجوب الكفارة في هذا الباب مشترك يطلق على ما فيه للمظاهر خيرة، وهذا الذي يشترط فيه العودة؛ لأن من نوى العودة فقط ولم يطأ وجبت عليه الكفارة ما دامت المرأة في عصمته إن ماتت أو فارقها أو لم تقم المرأة بحقها في الوطء عند بعضهم لم تجب عليه كفارة، وهذه الخيرة التي قلناها في الوجوب، والمعنى الثاني من معنى الوجوب هو ما لا خيرة للمظاهر فيه، محمله إذا وطئ المظاهر منها تحتمت الكفارة بقيت الزوجة في عصمته أم لا، قامت بحقها أم لا، فما حكاه عن المدَوَّنة أولا هو مستعمل في المعنى الأول، وما حكاه ثانيًا هو المعنى الثاني.

قُلتُ: حاصله فهمه المذهب على قصر معنى وجوب الكفارة بالوطء على تحتم

لزومها ولو ماتت المظاهر منها أو طلقها، وقصر معنى وجوبها بالعودة بغير الوطء على عدم لزومها وسقوطها بطلاق أو موت، والأول حق والثاني ليس كذلك؛ لما تقدم من نقل ابن زرقون إن أجمع على الوطء وجبت الكفارة ولو ماتت أو طلقها، وقول ابن رُشْد عليها في الموطأ، إن أجمع على الوطء وجبت عليه الكفارة وإن ماتت أو طلقها، وإن كان عمل بعضها وجب عليه إتمامها، وقول الباجي إثر ذكره الخلاف فيمن ظاهر في أثناء كفارة ظهار عليه، والقولان عندي بناء على أن الكفارة تجب بالعودة أو تصح بها.

وفيها: من كفر لظهاره من امرأة بعد أن أبانها لم يجزئه؛ لأنها لم تجب، وعليه الكفارة إن تزوجها.

الصقلي لابن سَحنون عن أبيه أكثر قول أصحابنا من كفر بغير نيَّة العودة لا تجزئه.

عياض: هذا يدل على الخلاف وأن منهم من يقول يجزئه.

قُلتُ: انظر هل يلزم منه في المكفر بعد البينونة الإجزاء. وقال الباجي إثر فرع ابن سَحنون: ورأيت لأبي عمران أن ابن القاسم لا يراعي العودة وإنما يراعيها ابن الماجِشُون وسَحنون.

قُلتُ: الذي في المدَوَّنة وغيرها لابن القاسم هذا لا الأول.

وفيها: لمن ظاهر من أمة لا يملك غيرها عتقها عن ظهاره منها، فإن تزوجها فلا ظهار عليه فيها.

[باب كفارة الظهار]

كفارته: المعروف انحصارها في العتق ثم الصوم إن تعذر ثم الإطعام إن تعذر[1].

---

(1) قال الرَّصاع: ما ذكره ظاهر في ذلك وكذلك الصوم وكذلك العتق والله الموفق وتأمل ما أجاب به الشيخ هنا عن إشكال مسألة المدَوَّنة إذا كانت له أمة ليس له غيرها فظاهر منها؛ فإنه ليس بعاجز ولا يجزئه الصوم بل العتق فيها واعترضت بأن عتقها مشروط بالعزم على وطئها ووطؤها ملزوم لملكها وملكها مناقض لعتقها فيلزم مناقضة الشرط للمشروط فتأمل جوابه: فإنه حسن ومن بحث فيه لا عمل على قوله إذا فهم ولولا الطول لبيناه، والله أعلم.

الباجي: في النوادر من كسا وأطعم عن كفارة واحدة.

قال ابن القاسم في الأسدية: لا يجزئه، وفي المجالس: تجزئه، وقال أشهب: لا تجزئه، وفي الموازيَّة: من ظاهر من أربع نسوة فأطعم لواحدة ستين مسكينا وكسا لأخرى كذلك ثم وجد العتق فأعتق عن واحدة غير معينة، ولم يقدر على رقبة الرابعة فليطعم أو يكسو وتجزئه.

الشيخ: انظر قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره.

قُلتُ: نقل ابن القطان عن نوادر الإجماع: أجمعوا أن المظاهر إن لم يجد الرقبة ولم يطق الصوم، ولم يجد الإطعام لم يطأ زوجته حتى يجد واحدًا من تلك الأصناف إلا الثوري وابن صالح فإنهما قالا: لا يطأها بغير كفارة.

قُلتُ: فظاهره إجماعهم على لغو الكسوة فيها، وما ذكره الباجي عن النوادر أولًا غير مناسب؛ لأنه لم ينص فيه أن الكفارة للظهار، ولذا لم ينقله الشيخ في نوادره في كتاب الظهار إنما نقل فيه ما تقدم عن الموازيَّة فقط.

وصرف عدد كفارة لمثله من ظهار مجزئ، ولو دون تعيين إن لم يقتض شركة في رقبة أو في شهري صوم أو في مسكين للزوم تتابع الصوم وصحة تفريق إطعام المساكين، فإن تساوى العددان فواضح، وإن قل عدد الكفارة منع الوطء ما لم يبلغ عدد الظهار، ولو لم يبق إلا واحدة لغلبة الحرمة فيها احتملها مساويا.

فيها: من لزمه أربع كفارات عن أربع نسوة فأعتق عنهن أربع رقاب في مرة واحدة أجزأه، وإن لم يعين لكل واحدة عتقا؛ لأنه لم يشرك بينهن في العتق، ولا لهن من ولائهم شيء، وكذا إن أعتق ثلاثا عن ثلاث منهن غير معينات ولا يطأ واحدة منهن حتى يعتق رابعة، ولو ماتت منهن واحدة أو طلقها، وإن أعتق عن الأربع ثلاثا استأنف عتق أربعة؛ لأنه أشركهن في كل رقبة، ولو صام ثمانية أشهر تتابعا؛ يريد: بذلك الكفارة عنهن، أشركهن في صوم كل يوم كما أشركهن في العتق لم يجزئه إلا أن ينوي بالصيام كفارة كفارة، وإن لم يوقع ذلك على واحدة بعينها فيجزئه، وأما الإطعام فيجزئه؛ لأنه لو ماتت إحداهن، وقد أطعم عنهن عشرين ومائة سقط منها حظ الميتة وجبر ما أطعم عن الباقيات؛ لأنه لا بأس أن يفرق الإطعام، يطعم اليوم عن هذه عشرين، وغدا عن

هذه ثلاثين، وبعد ذلك عن الأخرى أربعين، وعن الأخرى مثل ذلك، ثم جبر بما بقي بعد ذلك عنهن أجزأه.

اللخمي: إن أعتق أربعة أعبد عن أربع مطلقًا لا معينا ولا مشركًا ولا موزعًا ففي إجزائه قولا ابن القاسم وأحد قولي أشهب، وكذا في صومه ثمانية أشهر، ويختلف إن شرك في كل شهرين لا في اليوم الواحد.

قيل: لا يجزئه ويستأنف جميع صومه.

وقال ابن حبيب: من صام شعبان ورمضان لظهاره وأفطر يوم الفطر يتم صومه في شوال ويجزئه، وعليه يجزئ من صام لظهار واحد يومًا له ويوما تطوعا حتى أتم؛ لأنه لم يفرق صومه بضده؛ بل جاء به على صفة أشق، وكذا الإطعام عن أربع، ولا يجزئ إن شرك في كل مسكين.

ولمحمد عن أشهب: إن أعتق اليوم رأسين وغدا رأسين أو أعتق ثلاثة أو أطعم ستين مسكينا في مجلس لم يجزئه، ومحمله أنه أعتق رأسين عن الأربعة ثم رأسين، وأعتق الثلاثة عن الأربع ثم أطعم، ومن أعتق رقبتين عن ظهاره من امرأتين عين واحدة لإحداهما وأبهم الأخرى حلت المعينة مطلقًا، والأخرى إن تقدمتها المعينة لانفرادها بالكفارة المبهمة وإلا بطلت لها.

محمد: لو نوى بالعتق واحدة ثم أنسيها فكعتقه عن واحدة مبهمة يمنع منهما حتى يكفر ثانية.

عبد الحق: من ظاهر من زوجات له فأطعم عن واحدة مبهمة عشرة مساكين، وعن أخرى مبهمة خمسة عشر، وعن أخرى مبهمة عشرين، ثم ماتت واحدة يبني على الأقل ويسقط الأكثر، وتقدم في الأيمان من فروع العتق جملة.

الصقلي لمحمد عن ابن القاسم: من قال: إن اشتريت فلانًا فهو حر عن ظهاري فاشتراه أجزأه، وغمزه أبو عمران إن كان عليه ظهار قبل قوله ذلك؛ لأنه لا يستقر عليه ملكه بنفس شرائه يعتق. قال: ولو لم يكن ظاهر لأجزأه، وكأنه قال: إن اشتريتك فأنت حر عن ظهار إن وقع مني ونويت العودة وإن لم ينو العودة فلا يعتق عليه.

قيل له: والذي في الموازيَّة حصل منه الظهار، فكأنه أراد العودة حين قوله: إن

اشتريتك فأنت حر عن ظهاري، فقال ابن القاسم: لا يراعى العودة ظهر ذلك منه في مسائل كثيرة إنما يلزمه نيَّة العودة.

عبد الملك وسَحنون الصقلي: المسألتان سواء، ونية العودة في مسألة محمد أمكن لحصول الظهار فيها.

قُلتُ: تسليمه مع عبد الحق ما ذكره أبو عمران من إلغاء ابن القاسم العودة غير صحيح؛ لأن المنصوص له في المدَوَّنة وغيرها اعتبارها، وجرى في لفظ أبي عمران أولا الإشارة إلى وصف مناسب للتفريق بين مسألتي محمد وأبي عمران أعرض عنه الثلاثة، وهو أنه في مسألة محمد التزم عتقه للكفارة في وقت لا يستقر ملكه عليه لو ملكه؛ لأنه قاله قبل ظهاره، وهو قول أبي عمران أولا؛ لأنه لا يستقر عليه ملكه بنفس شرائه يعتق.

شرطه العجز عن العتق.

فيها مع غيرها: من ظاهر وليس له إلا خادم واحدة أو دار لا فضل فيها أو عرض ثمن رقبة لم يجزئه الصوم لقدرته على العتق، وفي اعتبار عجزه وقت الأداء مطلقًا أو وقت الوجوب إن أيسر بعد صومه في عسره بعد يسره، معروف المذهب.

ونقل محمد عن ابن القاسم: إن ظاهر موسر فلم يعتق حتى أعدم فصام ثم أيسر يعتق.

الباجي: هذا على وجه الاستحباب.

وحمله ابن شاس على ظاهره، فقال: الاعتبار بوقت الأداء، وقيل: بوقت الوجوب إن كان فيه موسرًا.

الباجي: قال بعض القرويين: إنما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره فلم يكفر حتى أعسر فصام ثم أيسر.

وفيها: إنما ينظر إلى حاله يوم يكفر لا إلى حاله قبل ذلك، ولو أيسر بعد صوم يومين ونحوهما أحببت رجوعه للعتق ولا أوجبه، وإن صام أياما لها عدد مضى على صومه، وكذا الإطعام وكفارة القتل.

الباجي: روى زياد بن جعفر: من صام يومين ثم وجد رقبة فإنه يعتق، ولو صام أياما لها اسم أتم صومه ولا يعتق.

ولابن القاسم في المدنيَّة: من صام لظهاره لعدم فأفسده بوطء امرأته ولم يبق عليه إلا يوم واحد لزمه العتق ولم يجزئه صوم.

وفيها: من ظاهر من أمة ليس له غيرها لم يجزئه إلا العتق وأجزأه عتقها عن ظهاره وله أن يتزوجها.

عبد الحق: قيل لأبي عمران: كيف أجزأه عتقها وهو يحرم وطؤها؟

قال: نيَّة عودته للوطء توجب كفارته.

قيل: بعض الناس ضعفها. قال: إنما يضعفها من لا يعلم ما للسلف.

قال القاسم وسالم وغيرهما: الظهار يكون في الإماء ويعتقن عن ظهارهن.

وقال غير واحد من القرويين: إنما تصح المسألة إن كان وطئ أو على القول أن إرادة العودة تلزمه الكفارة وإن ماتت أو طلقها قبل وطئها.

وقرر تضعيفها بعض الناس بأن عتقها لذلك مشروط بالعزم على وطئها، **ووطؤها ملزوم لملكها، وملكها مناقض لعتقها، فيلزم مناقضة الشرط مشروطه.**

ويجاب بأن الملك المناقض لعتقها **هو المقارن له، والملك اللازم للعزم على الوطء سابق على العتق ضرورة تقدم الشرط المشروط، وأحد شروط التناقض اتحاد الزمان.**

اللخمي: يجزئه عتقها على القول أن العودة العزم على الإمساك، وأنه إن طلق بعده أو ماتت لم تسقط عنه الكفارة، وعلى قول ابن نافع إن أتم الكفارة بعد انقضاء عدتها أجزأته، ولا تجزئه على القول أن من شرطها كونها في موضع يستبيح به الإصابة؛ لأن عتقها خلاف العزم على الإصابة ولا يجزئه الصوم؛ لأنه مالك لرقبته، وقول ابن الحاجب: لو ظاهر من أمة لا يملك غيرها أجزأته على الأصح؛ يقتضي أن مقابل الأصح نص ولا أعرفه.

ابن شاس: لو تكلف المعسر الإعتاق أجزأ عنه.

قُلتُ: باستيهاب ثمنها واستدانته مع إعلامه رب الدين عتقه؛ لأنه يصير بها واجدًا.

الباجي: لابن سَحنون عنه: من قال: كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حر فلزمه ظهار وهو موسر، إن صبرت امرأته هذه المدة لم يصم وإلا صام، ولا يجزئ بعتق لذي

رق، ولو أذن له وهو في الصوم كالحر إن قوي عليه، ولا يمنعه سيده إن لم يضر به ولا منعه خراجه وإلا فثالثها: إن لم يمنعه خراجه، للباجي عن ابن الماجِشُون مع محمد بن دينار، ورواية ابن القاسم في الموازيَّة ورواية ابن سَحنون: وعلى منعه إن منعه به لضرره به، وأذن له في الإطعام، ففي إجزائه قولان للباجي عن ابن القاسم، وعن قول محمد بن دينار، وليس عليه عتق ولا إطعام ولو وجدهما، ولكن يصوم.

قُلتُ: فسوى بين العتق والإطعام، ولا يصح العتق بإذن سيده فكذا الإطعام، ونحوه يأتي لابن الماجِشُون ويقرر به قول ابن الحاجب، وإلا فالإطعام إن أذن له سيده على المشهور، ولم يتعرض له ابن عبد السلام.

وفيها: ليس عليه إلا الصوم، ولا يطعم وإن أذن له سيده فالصوم له أحب إلي؛ قال ابن القاسم: بل هو الواجب عليه.

قُلتُ: نقله الباجي عن مالك في المبسوط، وزاد: قال ابن القاسم: لا أدري ما هذا ولا يطعم من يستطيع الصوم، وما جواب مالك إلا وهم، ولعله أراد كفارة اليمين بالله، فحمله ابن محرز على من منعه سيده الصوم، ولتردده في صحة منعه استحب صومه.

الباجي: حمله القاضي إسماعيل على من عجز عن الصوم، ومعنى استحبابه صومه قصر تكفيره عليه. قال: لأن لسيده التصرف فيه قبل إخراجه للمساكين.

ابن الماجِشُون: ولأنه لو شاء رجع عن إذنه فلا يطعم؛ لأن إذن سيده لا يخرج الطعام من ملكه إلا للمساكين.

قال: قال الشيخ: يريد أن ملك العبد غير مستقر، وعندي أن قول ابن الماجِشُون أن العبد لا يملك.

عياض: مثل توهيم ابن القاسم، طرح سَحنون هذه اللفظة، وقال: بل هو واجب وزاد اعتذارا ثالثا.

قال: قال القاضي أبو إسحاق: يرجع أحب إلى إذن السيد، أي إذن السيد له في الصوم أحب إلي من إذنه في الإطعام، وقال: قبله اعتذر القاضي أبو إسحاق بأن السيد وإن أذن له في الإطعام فله أن يرجع إلى آخر ما تقدم لابن الماجِشُون.

قال: وعورض بأن هذا يقال فيمن أبيح له الإطعام ممن عجز عن الصوم، فأما من يقدر عليه فهو فرضه فلا وجه له.

وبالمكفر عن غيره لم تخرج الكفارة من ملك صاحبه إلا للمساكين، وقال أيضًا القاضي والأبهري: إنما قال: الصوم أحب إلي؛ لأنه عجز عن الصوم فكان أحب إليه أن يؤخر حتى يقدر عليه، وعورض بأن من هذه سبيله، ويطمع في برئه ولم يطل عجزه فرضه التأخير حتى يقدر عليه، فما للاستحباب هنا وجه، وإن لم يقو عليه ولم يرج بفرضه الإطعام فلا وجه للصوم.

قُلتُ: انظر جعل تمكن السيد من الرجوع في الإذن في الإطعام إلى آخره اعتذارًا مستقلًا عن الاعتذار الثاني، وهما في كلام الباجي اعتذار واحد وهو الصواب، ثم قال: قد تكون أحب على بابها ولا يكون وهمًا ولا تجوزًا بأن يكون الصوم أرجح وأولى، وإن منعه السيد منه مع قدرته عليه، وهو قول محمد: إن أذن له سيده في الإطعام ومنعه الصيام أجزأه وأصوب أن يكفر بالصيام، وهذا كقوله في الكتاب في كفارة اليمين: إن أذن له سيده أن يطعم أو يكسو يجزئ، وفي قلبي منه شيء، والصوم أبين عندي؛ فلم ير ملكه للطعام والكسوة ملكًا مستقرًا.

قُلتُ: هذا الذي أتى به من عند نفسه راجع لما تقدم لابن محرز، أوللباجي عن إسماعيل القاضي فتأمله.

قال: وقال ابن أبي زَمَنَيْن: لم يعطنا في جواز الإطعام جوابًا بينًا.

اللخمي: إن أذن له سيده في الإطعام أجزأه؛ لأنه ملكه حتى ينتزعه سيده، ولو قدرنا أنه ملك مترقب لم أر لسيده رجوعًا ولا انتزاعًا؛ لتعلق حق العبد فيه، وأدنى حاله أنه كمن أطعم عنه، وإن منعه الصوم والإطعام فلزوجته القيام بطلاقها، وإن كان عالمًا أن لسيده منعه الصوم كان أبين في طلاقه؛ لأنه أدخل نفسه في المنع اختيارا ثم يختلف في طلاقه حين قيامها أو بعد أربعة أشهر.

وهو شهران تتابعا إن بدأهما للأهلة أجزأ ولو قصرا عن ستين يومًا.

فإن أفطر في شهر لعذر ففي إكماله ثلاثين أو بقدر ما أفطر:

نقلا عياض عن الواضحة مع عبد الملك، وسَحنون مع ابن عبد الحَكم.

[illegible] لأهلة [illegible] فات [illegible]

نقل الشيخ عن المذهب، وتخريج عياض على قول ابن عبد الحَكم، وفي صيامها: ويجعل الشهر الذي يفطر فيه ثلاثين يومًا.

عياض عن ابن أخي هشام: لعل جوابه في من ابتدأ لغير الأهلة.

الشيخ: في قولها نظر.

ولو كان الفطر في أول الشهر كان بينًا، وفي العدة منها: إن طلق الآيسة قبل الأهلة أو بعدها اعتدت ثلاثة أشهر ثلاثين يوما لكل شهر.

عياض: كذا عند شيوخنا وكذا جاء بعد لربيعة، وفي بعض النسخ لابن شهاب ثلاثين يومًا لشهر وشهرين للأهلة أراها رواية أبي عمران، وهو قول مالك في كتاب أكرية الدور والأرضين وغيره، ورواه ابن وَهْب وذكر أنه اختلف قوله في إلغاء بعض اليوم والبناء عليه وألغاه ابن القاسم.

[illegible] تتابعه أوله، وفي نكاحها الأول كفارة العبد كالحر إلا في العتق.

[illegible]

اللخمي: يختلف فيه إن كان ناسيًا كأكله ناسيًا.

قُلتُ: لابن حارث عن أشهب يتمادى ويصل قضاءه.

وفيها: وكذا الإطعام.

ابن الماجِشُون: من وطئ قبل تمام إطعامه أحب ابتداءه.

اللخمي: لرعي أحد قولي الثوري يجوز وطؤه قبل إتمامها، وفي نوازل أَصْبَغ: من قبل امرأته في صوم ظهاره استغفر الله ولا شيء عليه.

ابن رُشْد: سمع أبو زيد يستأنف وعزاه في سماع القرينين لمُطَرِّف ولسَحنون كأَصْبَغ.

[illegible] غير المظاهر منها [illegible] عام وأصح [illegible]:

وفيها: من ظاهر من أربع في كلمة واحدة كل منهن كالأخرى في إتمام الكفارة

فيهن، وصرفها لواحدة منهن ووطئها.

قُلتُ: فلو نوى واحدة مخرجًا غيرها من الكفارة فسدت للتناقض كالأحداث.

وفيها: وفطر المرض والحيض لا يقطع تتابعًا، ويوجب اتصال قضائه تتابعًا بخلاف فطر السفر ومرضه؛ لأني أخاف أنه به.

الصقلي عن سَحنون: يجزئه.

قول ابن عبد السلام: قال محمد: إن أفطر في السفر ابتدأ، وإن مرض بنى لم أجد له إلا قوله من أفطر في سفره ابتداء وإن أفطر لمرض بنى.

وفي قطعه بالفطر نسيانًا أو جهلًا، **ثالثها**: به للموازية نصًا في الأول، وتخريجًا للخمي عليه في الثاني، ولها على العكس نصًا وتخريجًا واختياره.

ابن بشير: في قطعه به نسيانًا أو خطأً، ثالثها: خطأً.

ابن رُشْد: في سماع يحيى المشهور لا عذر بتفرقة النسيان، وعذره به ابن عبد الحكم.

وفيها: من صام ذا القعدة وذا الحجة لظهار أو قتل نفس ظنا أن ذلك يجزئه فعسى أن يجزئه وأحب إلي أن يبتدئ.

وفي مختصر الشيخ عن سَحنون: لا يجزئه وعزاه ابن حارث لأشهب. قال: وقال ابن وَهْب إن كان عالمًا ابتدأ، وإن كان ناسيًا فلا شيء عليه.

قُلتُ: ويتعارض في الجاهل مفهوماهما.

وفي حملها على أنه وإن أفطر أيام النحر أو على أنه أفطر يوم النحر فقط، **ثالثها**: على أنه صامها للصقلي عن الشيخ في غير النوادر، وعنه فيها مع ابن القصار وابن الكاتب.

وفيها: من صام شعبان ورمضان لظهاره على أن يقضي رمضان لم يجزئه لفرضه ولا لظهاره.

ابن حبيب: إن صام شعبان لظهاره ورمضان لفرضه، وأكمل ظهاره بصوم شوال أجزأه.

الصقلي: يحتمل كونه كقوله في ذي القعدة وذي الحجة، وقال بعض شيوخنا: هذا تفريق كثير والأول أبين.

وسمع يحيى ابن القاسم من صام عن ظهاريه أربعة أشهر فذكر قبل فراغه يومين لا يدري من أيهما هما، يصوم يومين ويأتي بشهرين.

ابن رُشْد: لأن الكفارة التي هو فيها قادر على إصلاحها بإتيان ما شك فيه منها على أصله فيمن ذكر سجدة آخر صلاته لا يدري من أي ركعة يأتي بسجدة لاحتمال كونها من الأخيرة ويأتي بركعة، وعلى قول من يرى أن يأتي بركعة ولا يخر بالسجدة يصوم شهرين ولا يأتي بيومين.

قُلتُ: هذا الإجراء سبقه به الشيخ في النوادر وعين كون الثاني على قول أشهب، وذكر نصا لسَحنون.

ابن رُشْد: ولو شك هل أحد اليومين من الأولى والثاني من الثانية.

فقال ابن الماجِشُون وسَحنون: يصوم يومًا واحدًا يصله بصومه ويأتي بشهرين، وعلى قول من يقول من ظن إكمال صلاته أربعًا وصلى إثر سلامه ركعتين نافلة، ثم ذكر أنه ما صلى من فرضه إلا ركعتين تجزئه النافلة من تمام فرضه؛ أن يعتد بيومين من أول كفارته الثانية لتمام الأولى، فيأتي بعد تمام الأربعة الأشهر بيومين لا أكثر يصلهما بصومه.

وعلى قول ابن عبد الحكم تفرقة النسيان لغو إن ذكر اليومين بعد تمام الأربعة الأشهر متى ما ذكر فليس عليه إلا صوم يومين ساعة ذكرهما.

واختلف على قوله إن ذكر يومين من الأولى قبل تمام الثانية.

قيل: يتم الكفارة الثانية ثم يقضي اليومين؛ لأنه معذور بما تشبث به من صوم الثانية، وقيل: لا يعذر، فيصوم اليومين من الكفارة الأولى ويستأنف الثانية، وإن شاء تمادى على صوم الكفارة الثانية وقضى الأولى على الخلاف في من ذكر صلاة في صلاة هل تفسد عليه الصلاة أم لا؟

وقال بعض المتأخرين: يجوز له أن يقضي اليومين أثناء الكفارة ويبني على صومه ولا يعد مفرقًا لصيامه؛ إذ لم يتخلله فطر على قول ابن حبيب من صام لظهاره شعبان وشوال يجزئه ولا يضره تخلل صومه صوم رمضان.

قُلتُ: ما ذكره من التخريج على جبر الفريضة بالنافلة هو تخريج اللخمي، وعزا القول بالجبر بالنافلة لعبد الملك، وذكره فيمن ذكر يوما من أول صومه وكان وصل

الأول بالثاني وذكر في آخر الثاني قبل فطره يأتي بيوم يصله بالشهرين فقط. قال: ويختلف إن أفطر هل يأتي بيوم ويستأنف على الخلاف في النسيان، فإن كان عين صومه عن كل امرأة صام يومًا عن الأولى وحلت له وأمسك عن الثانية، وإن لم يعين أمسك عنهما حتى يصلح الآخر.

وما ذكره من التخريج على ذاكر صلاة في صلاة هو للخمي أيضًا. قال: ومثل قول ابن حبيب في من صام شعبان وشوال في ثمانية أبي زيد من نسي ركعة، ثم ذكر بعد أن تلبس بصلاة يأتي بها نقص وإن طالت صلاته الثانية؛ لأنه في قربة، وإن شك من أي الصومين ترك اليوم وقد أفطر بعد الشهرين الأخيرين ابتدأ صوم الأربعة الأشهر على إبطال النسيان التتابع إن عين الصوم عن كل امرأة وإن لم يعين صام شهرين، وعلى أن النسيان لا يبطل إن عين صام يومين وإن لم يعين صام يومًا ينوي به الباقي في ذمته، ولو قيل فيمن عين يجزئه يوم كان له وجه؛ لأنه ينوي به المسقط منهما، وكذا على أن النسيان مبطل يصح أن يأتي بشهرين وإن عين وينوي ما فسد منهما، وهذا ما لم يصب، فإن وطئ فسد صومه عن إحداهما؛ لأن صومه عن واحدة صحيح ويقف عنهما حتى يكفر كفارة أخرى.

الإطعام: شرطه العجز عن الصيام.

الجلاب: كالكبر المفند.

اللخمي: كضعف البنية. قال: والمرض القريب البرء لغو.

والمؤيس من البرء معتبر، وما يرجى بعد بعده **أو شك فيه في لغوه واعتباره قولا ابن** القاسم وأشهب وهو أبين.

والتعطش الذي لا يستطاع معه الصوم معتبر **والتعطش في الحر لا البرد يختلف فيه على قولي** ابن القاسم وأشهب.

الباجي: فيها لأشهب وابن القاسم من طال مرضه واحتاج إلى أهله جاز له الإطعام وإن رجا البرء، ولم ينقل الباجي عنها غير هذا.

قُلتُ: في باب قبل هذا من صام لظهاره شهرًا فمرض، إن تمادى مرضه انتظر إلا أن يعلم أن ذلك المرض لا يقدر صاحبه بعده على صوم، وقال غيره: إذا مرض فهو

ممن لا يستطيع الصوم وعليه الإطعام، وعزا الباجي ما قبل قول الغير لرواية زياد.

قال بعض شيوخ عبد الحق: ما جرى في مسألة من ظاهر، وهو مريض أو مرض بعد صومه شهرًا ليس باختلاف والمسألتان سواء، وفرق ابن شبلون بينهما على ظاهر لفظ الكتاب.

قُلتُ: تقرير الفرق أن المرض أثناء الصوم أضعف منه قبله؛ لأنه في أثنائه عرض بعد كون المكفر من أهل الصوم بالفعل، فلا يلزم من كونه لا ينتقل عنه للإطعام إلا لعجزه عنه دائمًا كونه كذلك في المرض العارض قبل الصوم؛ لأن المكفر فيه إنما هو من أهل الصوم بالقوة، وما بالقوة أضعف مما هو بالفعل، وحمل بعضهم قول الغير على أنه بمطلق المرض ينتقل للإطعام، وجعله قولًا ثالثًا، وهو خلاف ظاهر قول اللخمي أن المرض القريب البرء لغو دون خلاف.

ستون مسكينًا كاليمين بالله، وفي قدره لكل مسكين أربعة:

ابن القصار: مد اليمين وبه فسر اللخمي قول ابن الماجِشُون: إن غدى وعشى أجزأه، وعزاه الباجي لابن كنانة.

وفيها: مد هشام وقدره مد وثلثان.

ابن حبيب: مد وثلث.

معن بن عيسى: مدان.

الباجي عن ابن حبيب عن مُطَرِّف: كان مالك يفتي فيه بمدين ويكره أن يقول مد هشام.

ابن حبيب: وهو مد هشام جعله لفرض الزوجات.

الباجي: هذا من الحنطة لمن كانت قوته، فأما الشعير أو التمر لمن أجزأه إخراجه، ففيها يطعم من ذلك عدل شبع مد هشام من الحنطة، والأظهر عندي مثل مكيلة القمح كزكاة الفطر.

قُلتُ: زاد عياض بعد ذكر قولها، ثم قال: مالك يقول في الكفارة في كل شيء من

الأشياء بمد إلا في الظهار فإنه مد هاشمي[1].

وفي كفارة الأذى مدان بمده ﷺ.

قال بعضهم: هذا خلاف الأول، ومثله في ثالث حجها: يعطى كل مسكين مدين شعيرًا مثل الحنطة.

وفيها: إن أعطى ستين مداً هاشمياً مائة وعشرين مسكينًا نصف مد لكل مسكين لم يجزئه إلا أن يزيد ستين منهم لا من غيرهم نصف مد لكل واحد فيجزئه.

عياض: ظاهره ولو فات ما بأيديهم، وقال أحمد بن خالد: إنما يتم عليه إن كان ما بيد كل مسكين قائمًا، وزعم أنه ظاهرها لقولهم إذا أشركهم في طعام كل مسكين لم يجزئه، ورده عياض بأن معناها منع الشركة لا منع التكميل.

اللخمي: وينزع ما بيد الزائد على ستين إن وجد بالقرعة بين الجميع ومن أفات ما بيده لم يغرمه.

قُلتُ: الأظهر إن علم الآخذ بعد الستين تعين رد ما بيده.

وحكم اجتماع كفارتين في مساكين معينة وجنس الطعام مر في الأيمان:

وفيها: لا يجزئ فيها عرض ولا ثمن فيه وفاء القيمة.

وخرجه بعضهم على إجزاء القيمة في الزكاة، ويرد بظهور التعبد في الكفارة بقدر المعطى وعدد آخذيه، وقول ابن الحاجب: لا تجزئ قيمة في كفارة، وقيل: كاليمين يقتضي فيها خلافًا منصوصًا ولم يذكره في اليمين.

وفيها: إن أعطى ثلاثين مسكينًا لكل مسكين مدين لم يجزئه حتى يعطي ستين لكل مسكين مدًّا.

الصقلي: يريد ويجزئه إعطاؤه ثلاثين غيرهم مداً مداً.

---

(1) يشير إلى مد أمير المدينة (هشام بن إسماعيل بن الوليد ابن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم)، وكان يبلغ مدين إلا ثلثا بمد النبي ﷺ، وقد اعتمده الإمام مالك في مواطن عدة، وإن كان يكره التعبير عنه بهذا الاسم.

انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 298/1، وترتيب المدارك، لعياض: 127/1.

اللخمي: إن أدرك ذلك بأيديهم أخذ نصفه وأعطى ثلاثين غيرهم وإن أفاتوه أو غابوا أتم ثلاثين غيرهم.

وفيها: إن أطعم ثلاثين حنطة ثم ضاق السعر فصار عيشهم التمر أو الشعير أو خرج لبلد ذلك عيشهم أجزأه أن يطعم من ذلك ثلاثين مسكينًا، وكذا في كل الكفارات.

اللخمي والصقلي عن سَحنون: إن لم يتعمد الخروج لذلك.

والسفيه المظاهر إن كان واجدًا للعتق ففي لزوم كفارته به كغيره وصرف النظر لوليه **ثالثها:** إن لم يجحد به، ورابعها: الثاني في أول ظهار له إن ظاهر ثانيًا لم يكفر عنه وليه ولو آل ذلك للفراق.

لعبد الحق عن أَصْبَغ قائلًا: إن لم يكن له مال وأبى الصوم فهو مضار.

وابن رُشْد عن ابن القاسم مع عبد الحق عن سَحنون وسماع عبد الملك ابن وَهْب قائلا: له أن يعتق بغير إذن وليه، ولابن رُشْد عن ابن كنانة.

وعلى الثاني قال ابن رُشْد عن ابن القاسم: ينظر له في حبس امرأته وإنماء ماله، ومن النساء من يكثر مالها ومن لا، إن رأى الأصلح أن يكفر كفر ليس فيه حد مرة ولا مرتين، لا يجوز له إطعام ولا صيام، وعلى قول ابن وَهْب واختاره محمد: إن لم يأذن له وليه في العتق صام إن لم يكفر به وطلبته امرأته بالوطء ضرب له أجل الإيلاء، وإن لم يصم طلق عليه بالإيلاء، وعلى قول ابن القاسم: إن لم يعتق عنه وليه وطلبته امرأته بالوطء طلق عليه دون ضرب أجل الإيلاء إذ لا وطء له إلا بالكفارة ولا كفارة له، وقيل: يضرب له أجله لعلها ترضى بالإقامة دون وطء.

عبد الحق عن سَحنون: إن كانت الكفارة أيسر من إنكاحه كفر عنه بالعتق، وإن كان العكس طلق عليه.

محمد: وقيل يصالح عنه.

اللخمي: إن رجح وليه إبقاء عصمته أمره بالعودة وأعتق عنه، وإن كان العتق يجحف به، وكان يتكرر منه الظهار أو يطلق إن كفر عنه لم يعتق عنه ولزوجته وقفه ويطلق عليه بعد أربعة أشهر، وقيل: عاجلًا.

فإن قدر على الصوم ففي إجزائه قولان: المنع أحسن.

كتاب اللعان

حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض، فتدخل صور اختلاف لفظ اليمين لصحة تعلق الحكم بها وحلف من أبان زوجته (1) .

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشيخ ﷺ: (حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض) ثم ذكر الشيخ: ما رد به حد ابن الحاجب وحده يمين الزوج على زوجته بزنا أو نفي نسب ويمين الزوجة على تكذيبه ورده من أوجه أنه غير مطرد بحلفهما مرة وأنه غير منعكس بلعان من لا يجب على زوجته لعان وبلعان من أبان زوجته وأبطل أيضًا طرده بلعان من نكلت زوجته عن تمام حلفها وأبطل عكسه بلعان من نفى ما ولدته امرأته في غيبته وقدم بعد موتها هذا خلاصة معنى كلامه ولكن من تمام الفائدة أن نذكر ما يتعلق بحد ابن الحاجب والشيخ: قوله يمين الزوج؛ أي: حلف الزوج قوله على زوجه أخرج به الحلف على غير الزوجة قوله بزنى أو نفي نسب أخرج به الحقوق المالية، وقوله ويمين الزوجة فظاهره أن المحدود مركب من مجموع الحلفين من الزوجين.

قال الشيخ: يرد عليه أنه غير مطرد بحلفهما مرة وليس ذلك بلعان، وهو ظاهر الثاني أنه غير منعكس بلعان من لا يجب على زوجته لعان أشار: إلى أن اللعان قد يكون من الزوج وحده، ولا يكون على الزوجة، وذكروا منه مسائل منها ما أشار إليه في المدَوَّنة في قول الغير، وهو تفسير لها إذا قذف امرأته، وقد وطئت غصبا وعلم الغصب، فإن الزوج وحده يلتعن، وهو وارد قال: ويبطل عكسه أيضًا بلعان من أبان زوجته؛ لأنه لعان ولا يصدق عليها زوجة حقيقة.

وأجاب الشيخ ابن عبد السلام عن هذا: الإيراد بأن الوصف هنا ليس بمحكوم به، وإنما هو متعلق الحكم وجوابه هو جواب القرافي، وما بين به قاعدته في ذلك، ورد عليه الشيخ ابن عرفة -رحمه الله- ورضي عنه بما هو معلوم وألزمه في ذلك إلزامات جارية على قواعد المنطق وغيره وكرر ذلك في كتابه الفقهي، والأصلي ورد الشيخ الإمام هنا كلام ابن عبد السلام بما يخص هذا المحل تنزلا على صحة القاعدة بأنه إن حافظ على عكس الحد بجوابه فقد أخل بطرده في صورة من اشترى زوجته فوطئها، ثم أتت بولد لستة أشهر من وطئها ونفاه، فإنه يحلف على نفيه، وتحلف هي على تكذيبه فهذه الصورة ليست بلعان؛ لأنها في غير زوجة، فإن حقق ما ذكره من إطلاق الزوجة حقيقة؛ لأنها متعلقة للحكم فيكون حده غير مطرد بهذه الصورة.

قال الشيخ: ويبطل طرده أيضًا بلعان من نكلت زوجته عن تمام حلفها أشار به إلى أن الزوج إذا حلف أربعا ثم حلفت المرأة على تكذيبه مرة، ثم نكلت يلزم أن تكون هذه الصورة من اللعان لصادقية الحد عليها وليست بلعان شرعي قال: وكذلك يبطل عكسه أيضًا بلعان من نفى ما ولدته امرأته في

غيبته وقدم بعد موتها؛ لأنه لعان، ولم يقع فيه إلا حلف واحد، وهذا من محاسن تصرفه وتمام عنايته - رحمه الله ونفع به- فلنرجع إلى حد الشيخ - رحمه الله تعالى ونفع به- قوله: (حلف) عدل عن لفظ جنس ابن الحاجب؛ لأنه أخصر، وإلا فاليمين والحلف مترادفان قيل: إن الحلف والقسم واليمين إنما يلزم الترادف فيها لغة، وأما في الشرع فلا؛ لأن اليمين في الشرع قد تقدم أنها أعم من الحلف لكثرة الاستعمال فيها في الشرع في القسم وغيره والمراد هنا اليمين الشرعية والحلف لا يراد بها؛ فنقول اليمين والقسم ليسا بمترادفين، وأما اليمين مع الحلف فهما مترادفان شرعًا والمراد من اليمين والحلف هنا الحلف بالله تعالى أو بصفاته، وليس المراد اليمين الشرعي الذي هو أعم دل على ذلك السياق في الباب، ولو خصص الشيخ القسم بالله لكان أحسن.

قوله: (الزوج) عرفه الشيخ: ولم ينكره كما نكره في الظهار، وهو أخصر وأتى بلفظ ابن الحاجب، ولم يظهر سر عدوله عن تنكيره قوله: (على زنا زوجته) لفظه في الأحرف مثل لفظ ابن الحاجب مع أنه أخصر من عبارة ابن الحاجب بحرف إلا أنه غاير في التقديم والتأخير وعبارته رحمه الله أحكم معنى؛ لأن المحلوف عليه هو زنا الزوجة لا أن المحلوف عليه الزوجة لأجل الزنا، ولا أن الحلف وقع بالزنا إن كانت باء الآلة فلذلك غير التعبير؛ لأنه أجلى وأبين في التفسير قوله: (أو نفي حملها) أدخل به صورًا من اللعان كثيرة إذا نفى ولدًا أو نفى حملا.

(فإن قلت): عبارته مغايرة لعبارة ابن الحاجب مع أنه يظهر أنهما متلازمان.

(قُلتُ): لعله رأى أن لفظ نفي نسب يصدق في نفي نسب الزوجة عن أبيها، وذلك ليس بلعان، فإن أصلحه بقوله نفي نسب حملها كان أطول.

(فإن قلت): وأين نفي الولد.

(قُلتُ): يصدق على من نفى حملا أنه نفى الولد وكذلك العكس قوله: (اللازم له) أخرج به الحمل غير اللازم له، فإنه لا لعان فيه كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد وكذلك إذا كان الزوج خصيًا أو مجبوبًا وغير ذلك من المسائل ويدخل إذا وضعته وسكت، فإنه لازم له ويخرج بما يأتي من قوله بحكم قاض قوله: (وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها) أخرج به ما إذا حلف ونكلت، ولم يوجب النكول حدها كما إذا غصبت فأنكر ولدها وثبت الغصب فلا لعان عليها، وإنما اللعان عليه وحده، وقد تقدم أن هذه الصورة ترد على ابن الحاجب؛ لأنه صير اللعان يلزمه يمينان وزيادة الشيخ تخرج هذه الصورة، وإن حلفهما معا مشروط بكون نكولها يوجب حدها قوله: (بحكم قاض) أخرج به لعان الزوجة والزوج من غير حكم، فإنه ليس بلعان شرعي، ويخرج المسكوت على وضع الولد ولا يرد على الشيخ حلفهما مرة واحدة؛ لأن القاضي لا يحكم بذلك فليس بلعان شرعي، ثم قال الشيخ: فتدخل صور اختلاف لفظ اليمين لصحة تعلق الحكم بها يعني إذا حلف الزوج بلفظ يخصه وحلفت الزوجة بلفظ خاص بها فيدخل في الحد ذلك، وإذا ذكر الزوج في الخامسة الغضب وعكست الزوجة، فليس بلعان شرعي؛ لأن القاضي لا يحكم بذلك فتخرج هذه الصورة قال: ويدخل حلف من أبان زوجته.

وسماع ابن القاسم من قدم بعد موت زوجته فنفى ما ولدته لاعن، وقول ابن الحاجب يمين الزوج على زوجه بزنا أو نفي نسب ويمين الزوجة على تكذيبه يبطل طرده بحلفهما مرة، وأبطل عكسه بلعان من لا يجب على زوجته فنفى ما ولدته لعان، وبلعان من أبان زوجته؛ لأن كونه زوجًا مجاز.

وجواب ابن عبد السلام بأنه حقيقة؛ لأنه في متعلق الحكم لا محكوم به يوجب بطلان طرده بحلف من ابتاع زوجته، فوطئها ونفى ما وضعته لستة أشهر من وطئها بيمين وحلفت على تكذيبه.

قُلتُ: ويبطل طرده بلعان من نكلت زوجته عن تمام حلفها وعكسه بلعان من نفى ما ولدته امرأته في غيبته وقدم بعد موتها ولا نص في حكمه.

ابن عات: لاعن ابن الهندي، فعوتب فقال: أردت إحياء سنة، والحق إن كان لنفي نسب وجب، وإلا فالأولى تركه بترك سببه، فإن وقع صدقا وجب لوجوب دفع معرة القذف وحده ثم وجدت نحوه في سراج ابن العربي.

[باب شرط الزوج الملاعن]

وشرط الزوج تكليفه **قالوا**: وكذا إسلامه وفسقه لغو(1).

(فإن قلت): كيف يدخل ذلك، وقد اعترض به على ابن الحاجب، ولم يزل ما يوجب الاعتراض من ذكر الزوجة والزوج.

(قُلتُ): أشار إلى أنه زاد ما يزيل الاعتراض، وهو حكم الحاكم لصحة تعلق الحكم بذلك فقوله بحكم حاكم قرينة تدل على العموم في الزوج سواء كان حقيقة أو مجازًا أو فيه بحث هذا ما يظهر في ذلك، وتلميذه: سيدي الفقيه الأبي لما ذكر حده، وذكر سماع يحيى أنه إذا أبان زوجته، ثم نسبها للزنا أنه يلاعن، وقيل بعدم اللعان أورد سؤالا على الحد، وهو السؤال الذي ورد على حد ابن الحاجب، وأنه غير منعكس لخروج هذه الصورة؛ لأنه لا يصدق عليها زوجة، ثم أجاب عنه بما أجاب به الشيخ ابن عبد السلام مع أنه رأى رد شيخه عليه، وذكر الشيخ أن هذه الصورة داخلة كما ذكر فانظره وتأمله ففيه ما لا يخفى مع أن الشيخ لا يقول بما قاله القرافي، وإنما سلمه هنا تنزلا وانظر هذا مع ما قدمنا في الرجعة ويظهر أنه لا ينافيه.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تكليفه وإسلامه) أخرج به الصبي، ومن شابهه والإسلام أخرج الكافر، ويدخل الفاسق والعبد وعدل عن لفظ ابن الحاجب لظهور ذلك فيما يرد عليه.

اللخمي: لو أسلمت تحت كافر أو تزوج مسلمة على القول أنه غير زنا فقذفها لاعن ولا تحد إن نكلت؛ لأنها أيمان كافر.

الصقلي عن أبي عمران: لو رضي الكافران بحكمنا فنكلت رجمت على قول عيسى لا على قول البغداديين: لفساد أنكحتهم.

وفيها: العبد كالحر وفي نكاحها الأول، وإن قذفها في النكاح الذي لا يقر على حال لاعن لثبوت النسب فيه.

المتيطي: أجاب أبو عمران الباجي بثبوته فيما درئ فيه الحد لشبهة النكاح، وإن لم تثبت الزوجية.

موجبه: فيها: يجب بأحد وجهين مجتمع عليهما أن يدعي رؤية زناها كالمرود في المكحلة، ثم لم يطأها بعد ذلك أو ينفي حملا قبله استبراء، ولو قذفها بالزنا دون رؤية ولا نفي حمل، أو بنفي حمل دون استبراء فأكثر الرواة يحد ولا يلاعن.

ابن نافع: يلاعن ولا يحد، وقالها ابن القاسم، وصوب اللخمي الأولى.

الباجي: هي المشهور، وفي لغو تعريضه ولعانه به قولا المعروف، ونقل الباجي مع عياض عن قذفها، وعلى المعروف في حدها به كأجنبي أو تأديبه.

نقل محمد: وقول أشهب مع ابن القاسم.

الشيخ عن محمد عن ابن عبد الحكم: لو صرح بعد تعريضه لاعن.

وفيها: من قال: وجدت مع امرأتي رجلا في لحافها، أو تجردت لرجل أو اضطجعت معه متجردين لم أسمع فيه شيئًا ولا لعان فيه، وإن لم تقم بقوله بينة أدب.

محمد: لو قاله لأجنبية حد، وكون قول ابن القصار: قذفها بوطء الدبر كالقبل مقتضى المذهب واضح.

ابن رُشْد: إن نفى حملًا لم يقر به وادعى استبراءً أو ادعى رؤية لا مسيس بعدها في غير ظاهرة الحمل، أو قال: ما وطئتها قط أو منذ وضعت أو منذ مدة كذا لما لا تلحق لمثله الأنساب لاعن اتفاقًا في الثلاثة.

والمختلف فيه أن يقذفها: ولا يدعي رؤية، وأن ينفي حملًا ولا يدعي استبراء وأن يدعي رؤية لا مسيس بعدها في بينة الحمل.

حكى الجلاب فيها ثلاث روايات: إيجاب الحد وإيجاب اللعان، وثبوت النسب وإيجاب اللعان، وسقوط النسب.

قُلتُ: يأتي للخمي في قصر اللعان على ممكنة الحمل أحد قولي مالك، وثانيهما مع ابن القاسم.

الباجي: لو قال لها: رأيتك تزنين قبل أن أتزوجك حد اتفاقًا.

[illegible] سماع القرينين:

والشيخ عن ابن القاسم مع ابن رُشْد عن ابن نافع فقط.

وفي سماع القرينين يلاعن الأعمى، يقول: سمعت الحس.

ابن رُشْد: هذا كقولها؛ لأن العلم يقع له من غير طريق من حس وجس، وهذا على حد قاذف زوجته وعلى لعانه الأعمى كالبصير.

قُلتُ: صوب اللخمي رواية ابن القصار لا يلاعن إلا أن يقول: لامست فرجًا في فرجها.

فيها: يلاعن الأخرس بما يفهم عنه من إشارة أو كتاب.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم مثله في الزوجة صماء بكماء.

ابن رُشْد: لأن الإشارة تقوم مقام الكلام عند عدمه.

وفيها: يلاعن الأعمى في الحمل بدعوى الاستبراء، وفي القذف؛ لأنه من الأزواج فيحمل ما تحمل.

قال غيره: بعلم يدله على المسيس، وقول ابن الحاجب: وقيل: يعتمد على ظنه كالأعمى على المشهور يقتضي أن قول الغير خلاف قول ابن القاسم، وحمله غير واحد على الوفاق، وهو ظاهر قول ابن القاسم؛ لأنه من الأزواج، ومقتضى قول ابن الحاجب: وجود القول باعتماد غير الأعمى على ظنه؛ لا أعرفه.

وفي بعض نسخ ابن الحاجب: ويعتمد على اجتماع الاستبراء والرؤية على المشهور، وأنكر غير واحد وجود الشاذ لصحة نقل الاتفاق كما مر.

وفيها: يلاعن الأخرس بما يفهم عنه من إشارة أو كتابة.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم مثله في الزوجة صماء بكماء.

ابن رُشْد: لأن الإشارة تقوم مقام الكلام عند عدمه، وينتفي ما ولدته للعان الرؤية مع الاستبراء.

ابن رُشْد: إجماعًا.

وفي انتقائه بلعان الرؤية فقط طريقان:

ابن رُشْد: ثالثها: إن ولدته لستة أشهر منها لأولى روايتيها وأشهب مع عبد الملك وثانيتهما هذا على تفسير قولها ألزمه مرة ونفاه مرة ومرة نفاه، وإن كانت حاملًا بجعل نفاه مرة ومرة نفاه، وإن كانت حاملًا قولًا واحدًا ففي كل طرف قولان، وفي مجموعهما ثلاثة فسرت بثلاثة على أن معنى قوله نفاه، وإن كانت حاملًا؛ أي: بلعان آخر ففي طرف ثلاثة وفي آخر قولان.

عياض: خمسة نفيه، ولحوقه إلا أن ينفيه بلعان آخر، ولحوقه ولا ينتفي به والأول إن ولد لستة وإلا فالثاني أو وإلا فالثالث لثاني روايتها وتأويل بعضهم أولاهما، وكتاب محمد مع تأويل بعضهم أولاهما وأَصْبَغ مع عبد الملك وابن لبابة ففسرها بقولي الأول والرابع وغيره بهما وبالثاني، وعلى تأويل بعضهم قولها: (يلزمه) بقول محمد؛ أقوالها أربعة، الجلاب والبغداديون ورواية محمد علم الزوج بحملها وجهله سواء، وقصر ابن محرز الخلاف على جهله به، وأبعده ابن رُشْد.

وفي حمل قول المغيرة فيها فيمن قال: رأيت زوجتي تزني، وهو مقر بالحمل يلاعنها، فإن ولدت قبل ستة أشهر من ادعائه فالولد منه، وإن ولدته لستة أشهر فصاعدا فالولد للعان واعترافه ليس بشيء، فإن اعترف به بعد ذلك حد ولحق به على الأول أو الثاني أو على علمه به بعد الوضع لا يوم اللعان ثلاثة لعياض عن ابن رُشْد وابن محرز والصقلي، وعلى لحوقه لو قال: كنت استبرأتها ففي انتفائه بالأول أو بلعان ثان قولا أشهب مع ابن القاسم وأَصْبَغ مع عبد الملك، وعلى الأول لو ادعاه وأكذب نفسه في الاستبراء ألحق به، وفي حده قولا ابن القاسم ومحمد.

اللخمي: لو لاعن للرؤية ونفى الحمل ثم استلحقه فالقولان، ويختلف لو أكذب نفسه في الرؤية دون نفي الحمل بالاستبراء هل يلحق به ويحد أو لا لحوق ولا حد؟

وفيها: من شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثة لاعن وحد الثلاثة.

الصقلي عن ابن أبي زَمَنَيْن: يبدأ الزوج باللعان، فإن التعنت حد الثلاثة، وإلا حدت دونهم، وقاله ابن الماجِشُون.

وروى محمد: لو رجمت ثم علم بذلك لم يحد الثلاثة، ولاعن الزوج وإن نكل حد، وله في كتاب الرجم إن نكل حد الأربعة، ولا دية على الإمام للقول بقبول شهادته.

وفي عدم إرثها الزوج مطلقًا أو إن علم تعمده الزور أو أقر بذلك قولا أَصْبَغ ومالك.

وفي كون الاستبراء هنا بحيضة أو ثلاث؛ ثالثها بأقصى مدة الحمل خمس سنين، ورابعها: الأول في الأمة والثاني في الحرة للباجي عن المشهور ورواية عبد الملك وابن زرقون عن المغيرة وابن حارث عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون وعزا الأول لأَصْبَغ فقط، وعزا اللخمي الأولين للمغيرة أيضًا.

وفيها: إن اتفق الزوجان على نفي الولد انتفى بغير لعان وحدت الزوجة، ولو كان لها معه سنون، وقاله مالك والليث.

وقال أكثر الرواة: ورووا لا ينتفي إلا بلعان.

الصقلي: يلتعن الزوج دونها؛ لأنها مقرة بالزنا.

ابن حارث: بقول أكثر الرواة.

قال ابن القاسم في الرجم من المدَوَّنة.

اللخمي: به قال المغيرة وابن دينار وابن الماجِشُون وابن عبد الحَكم، وبالأول قال أشهب وابن القاسم.

قال في الموازيَّة: وكذا إن اعترفت بالزنا، وقالت هو من الزوج له نفيه بغير لعان وهذا إن أقامت على قولها حتى حدت، فإن رجعت لم ينتف إلا بلعان.

وعزاه الصقلي وابن محرز لابن القاسم وقالا عنه: إن رجعت قبل حدها: ولم يلتعن الزوج لم يحد؛ لأنها مقرة.

زاد ابن محرز عن ابن الكاتب: لا يقبل رجوعها بعد إقرارها لتعلق حق الزوج بإقرارها في نفي الولد عنه، كمن أقر بسرقة لرجل، ثم رجع يسقط عنه القطع لا الغرم، ولمحمد عن ابن القاسم ولو طلقها قبل البناء واتفقا على عدم المسيس فظهر بها بعد

موته حمل قالت: هو منه ورثه دونها، ولا يكمل صداقها ولا تحد.

محمد: الصواب تكميله، وإن كان الطلاق رجعيًّا، ومات في العدة ورثته.

ابن القاسم: لو ظهر في حياته فأقر به لحقه وكمل المهر وله الرجعة، وإن تمادى على إنكاره لم ينتف عنه إلا بلعان، إن لاعن لم يكمل عليه المهر، ولا رجعة له.

وفي الرجم منها: من شهد عليها بالزنا منذ أربعة أشهر، وزوجها غائب فظهر بها حمل فأخرت حتى وضعته فقالت: هو للزنا؛ لأنه بعد استبراء فللزوج نفيه بغير لعان، وإن قالت: هو منه أو لم تسأل حتى رجمت لم ينفه إلا بلعان.

اللخمي: هذا خلاف، وقوله في الموازيَّة؛ لأن البينة والإقرار بالزنا سواء على قوله في الموازيَّة له ذلك في البينة بالزنا، ولو قالت: هو منه، وعلى أحد قولي مالك في المعترفة بالزنا وأنه ليس منه لا ينفيه في البينة بالزنا مع اعترافها أنه ليس منه إلا بلعان.

قُلتُ: ففي نفيه دون لعان في ثبوت زناها بإقرارها أو ببينة، ثالثها: إن وافقته على نفيه لتخريج اللخمي على قول ابن القاسم في الموازيَّة وتخريجه على أحد قولي مالك مع أكثر الرواة ولها، ولو اتفقا على نفيه قبل البناء ففي انتفائه بغير لعان تخريج اللخمي على قول مالك وابن القاسم، ونقله عن ابن الماجِشُون؛ وصوب الأول.

ابن رُشْد: نفيه باتفاقهما يأتي على أن من ادعى رؤية لا مسيس بعدها في ظاهرة الحمل لا يلحقه الولد؛ وهو شذوذ.

قُلتُ: يرد بأن نفيه في ظهور الحمل أبعد منه في اتفاقهما لوضوح مكذب نفيه، وهو ظهور الحمل، ونفيه في اتفاقهما.

وفيها: إن ولدت ولدًا ميتًا أو مات بعد الولادة، ولم يعلم به الزوج لغيبة أو غيرها فنفاه إذ علمه لاعن؛ لأنه قاذف، ومن قامت عليه بينة أنه أقر بولد لاعن منه، وهو منكر لحق به الولد وحد، ومن نفى ولدًا بلعان، ثم ادعاه بعد موته عن مال، فإن كان لولده ولد حد ولحق به، وإن لم يترك ولدًا حد، ولم يرثه.

قُلتُ: ظاهره ولو كان الولد بنتا، وذكر بعض المغاربة عن أحمد بن خالد أنه قال: إن كان بنتا لم يرث معها بخلاف إقرار المريض لصديق ملاطف إن ترك بنتا صح إقراره؛ لأنه ينقص قدر إرثها.

ابن حارث: اتفقوا فيمن لاعن ونفى الولد، ثم مات الولد عن مال وولد فأقر الملاعن به أنه يلحقه ويحد، وإن لم يترك ولدًا لم يلحقه، واختلف في الميراث فقول ابن القاسم فيها يدل على وجوب الميراث، وهو قوله إن لم يترك ولدًا لم يقبل قوله لتهمته في الإرث، وإن ترك ولدا قبل قوله؛ لأنه نسب يلحق.

وروى البرقي عن أشهب: أن الميراث قد ترك لمن ترك؛ ولا يجب له ميراث، وإن ترك ولدًا، وذكر أبو إبراهيم عن فضل إن كان المال يسيرًا قبل قوله.

قُلتُ: ظاهرها مع غيرها أنه يحد باستلحاقه الولد مطلقًا، وللشيخ عن محمد: إن كان لاعن للرؤية فقط أولها ولنفي الولد لم يحد وإن كان لإنكار الولد وحده حد، ونقله الباجي ولم يتعقبه بشيء، وهو عندي خلاف ظاهرها، وما ذكره ابن حارث من الاتفاق على عدم استلحاقه إن كان الولد قد مات مثله لابن الموَّاز وابن القاسم وأَصْبَغ، وقال أبو إبراهيم وغيره من الفاسيين: إنما يتهم إن لم يكن له ولد في ميراثه فقط، وأما نسبه فثابت باعترافه.

وقال ابن الحاجب: لو استلحقه ميتا حد، وقيل: إن كان للميت ولد.

ابن عبد السلام: ظاهره مشكل؛ لأنه يقتضي إن لم يكن له ولد حد مستلحقه، وإن كان فقولان، وإنما مراده إن كان له ولد صح استلحاقه وورثه وحد، وإن لم يكن له ولد فقولان: أحدهما ما تقدم، والثاني لا لحوق ولا إرث ويحد.

قُلتُ: هذا يقتضي ثبوت القول بإرثه مطلقًا ولا أعرفه، والمشكل في كلام ابن الحاجب اقتضاؤه وجود القول بلغو الاستلحاق ونفي الحد إن لم يكن ولد؛ لأن ظاهر ما تقدم من أقوالهم ثبوت حده مطلقًا.

وفيها: من نفى ولدا بلعان، ثم زنت زوجته بعد ذلك، ثم أقر بالولد لحق به، ولم يحد وصارت زانية.

وسمع عيسى ابن القاسم من قدم من غيبته سنين فوجد امرأته ولدت أولادًا وأنكرهم، فقالت: هم منك كنت تأتيني سرًّا لم يبرأ منهم ومن الحد إلا بلعان.

ابن رُشْد: هذا إن أمكن إتيانه إليها سرًا كمسألة المدَوَّنة في دعواها ذلك قبل البناء.

قُلتُ: مثله في الجلاب هي معنى قول ابن الحاجب يكفي في الأولاد لعان واحد، وكذا في الزنا والولد.

ابن عبد السلام: انظر لو قذف زوجاته الأربع أو نفى أولادهن هل يلاعن لعانا واحدا لجميعهن كحده للأجنبيات في القذف حدًا واحدًا؟

قُلتُ: في المقدمات اختلف فيمن قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة؛ فقال أبو بكر الأبهري: لا أعرفها منصوصة، ومقتضى مذهبنا أن يلاعن لكل واحدة؛ لأن اللعان بمنزلة الشهادة، ولو أتى بالشهود لزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة منهن منفردة، ويحتمل أن يجزئه لعان واحد كقذفه جماعة في كلمة واحدة وعلى الظهار إذا ظاهر منهن بكلمة واحدة تجزئه كفارة واحدة، ثم قالا: حكى الإصطخري عن إسماعيل القاضي أن جماعة ادعت على رجل دينًا فحلفه لهم يمينا واحدة فعليه يكتفى بلعان واحد لجميعهن.

قُلتُ: في قوله لزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة منهن منفردة نظر؛ لأن ظاهر المذهب أن البينة إذا قالت: تشهد برؤية زنا فلانة وفلانة وفلانة وفلانة ووصفت كما يجب فإن شهادتها تامة، وهذا هو معنى لعان واحد أن يقول الزوج أشهد بالله الذي لا إله إلا هو لقد رأيت فلانة وفلانة وفلانة وفلانة زنين ويصف كما يجب، وتتخرج المسألة على الخلاف في تعدد الصيعان في تعداد المصراة، ويأتي لابن القاسم فيمن قذف زوجتيه فقامت عليه إحداهما ما ظاهره أن لعانا واحدا يكفيه.

وفي لعانه لنفي حمل ظاهر وتأخيره لوضعه خوف انفشاشه معروف المذهب وقول ابن الماجِشُون، وضعفه محمد لقضائه ﷺ بلعان عويمر وهي حامل، ورده اللخمي بأنه ادعى رؤية ولاعن خوف أن يكون حملًا فوجب اللعان لقذفها بالرؤية، وإنما الخلاف إن لم تكن رؤية أو كانت ولم تقم بقذفها، والتعجيل ليس بحق عليه فهو يؤخر رجاء أن لا يصح أو تسقطه أو تلده ميتًا فيستغنى عن ذكر ذلك؛ لأن الناس يستعظمونه، وإن كان عاميًا فعذره أبين؛ لأن نفيه عند العامي يوجب حده، ويجهل أن له أن يلاعن، وضعفه ابن العربي وابن شاس بترتيب الشارع عليه حكم النفقة والرد بالعيب وغيرهما.

ابن عات: عن الباجي لا يلاعن لنفي الحمل إلا بعد ثبوته بشهادة امرأتين، وعلى

المشهور فيها مع غيرها لو انفش بعد لعانه لم تحل له أبدا إذ لعلها أسقطته وكتمته.

الباجي: لو انفش لم تحل له أبدا. قاله محمد: لأن حكم اللعان قد ثبت فلا يزول بما بان من الكذب كما لو أقر بالحمل.

ابن عبد السلام: ظاهر تعليل المدَوَّنة أنه لو تحقق أنه انفش بحيث لا يشك فيه مثل أن تلازمها بينة ولا تفارقها إلى أقصى أمد الحمل لوجب أن ترد إليه؛ لأن الغيب قد صدقهما جميعا، وكذا نص عليه ابن عبد الحَكم، وقال بعض الشيوخ: إنه ظاهر المدَوَّنة.

قُلتُ: من أنصف علم أن فرضه ملازمة البينة للمرأة بحيث لا تفارقها أقصى أمد الحمل وأقله أربعة أعوام محال عادة، وتقدم في صلاة الخسوف أنه ليس من شأن الفقهاء التكلم في خوارق العادات، وما عزاه لابن عبد الحَكم وبعض الشيوخ لا أعرفه، ومفهوم قولها لعلها أسقطته يرده منطوق قولها في كتاب الرجم إن شهد على امرأة بالزنا أربعة عدول، فقالت: أنا عذراء أو رتقاء ونظر إليها النساء فصدقنها لم ينظر إلى قولهن وأقيم عليها الحد؛ لأنه قد وجب، واختار اللخمي أنها لا تحد ولا يلزم منه رفع التحريم بانفشاش الحمل؛ لأن الحد يدرأ بالشبهة والتحريم لا يرتفع بها.

المتيطي: لا يحد الزوج بانفشاش الحمل.

قال في سماع أَصْبَغ: لو رفع الحد لبطل اللعان وكانت امرأته وليس الأمر كذلك، فتأمل قوله في استدلاله وليس الأمر كذلك يقتضي الاتفاق عليه، وقال المتيطي: إثر قوله لعلها أسقطته.

قال ابن القاسم: ولأن مالكاً قال فيمن رد جارية بعيب الحمل، ثم انفش لا يرتفع الحكم بالرد.

وفيها: الحمل بالعزل لغو في آخر استبرائها، من قال: كنت أطأ في الفرج وأعزل، فأتت بولد لما يجيء به النساء من يوم وطئها لزمه.

الشيخ عن الموازيَّة: من أنكر حمل امرأته بالعزل لم ينفعه، وكذا كل وطء في موضع يمكن وصول المني منه للفرج، وكذا في الدبر قد يخرج منه للفرج ونحوه، مفهوم قول استبرائها إن قال البائع: كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني لم يلزمه.

اللخمي: إن أصاب بين الفخذين وشبهه لزمه الولد ولا يلاعن ولا يحد؛ لأن نفيه لظنه أن لا يكون عن وطئه حمل.

الباجي: إثر ذكره ما في الموازيَّة يبعد وجود الولد من الوطء في غير الفرج، ولو صح ما حدت امرأة بحملها ولا زوج لها؛ لجواز كونه من وطء في غير الفرج.

عياض: الشبه في نفي النسب وقطعه لغو؛ لحديث: **«فإن جاءت به»**(1) في اللعان.

اللخمي: إن قال: لم أجدها عذراء فلا لعان ولا حد؛ لأن العذرة تذهب بالقفزة ومن غير شيء.

وفيها: من أنكر لون ولده لزمه ولم يلاعن، وذلك عرق نزعه.

اللخمي: نزوعه أن يكون بعض أجداده ولو بعد أسود، وانظر لو كان الأبوان أسودين قدما من الحبشة فولدته أبيض، هل ينفيه بذلك؛ لأنه لا يظن أنه كان في آبائه أبيض.

قُلتُ: لا يلزم من نفي الظن نفي مطلق الاحتمال، وهو مدلول قوله ﷺ: **«لعله عرق نزع»**(2)، وقول ابن عبد السلام إثر قول اللخمي: المعنى لا يمكن أن يقال هنا: لعله نزعه عرق واضح بطلانه ضرورة إمكانه.

الشيخ عن الموازيَّة: من قال: وطئت أمتي وأنزلت، ولم أبل حتى وطئت امرأتي فكسلت لزمه ولدها ولا يلاعن، وفي قذفها من قال في ولد امرأته منه لم تلد به، وقالت: ولدته، فإن أقر به قبل ذلك لزمه، ولم يلاعن وليس بقاذف، وإن لم يقربه قط، ولم يعلم بحمله لزمه إلا أن ينفيه بلعان، فإن نكل عن اللعان لزمه ولم يحد، كمن قال لرجل: لست لأمك.

أبو عمران: قال: التقطته، وقالت: ولدته صدقت إلا أن تقيم بينة أنها لم تلده

---

(1) أخرجه البخاري: 9/321 في الطلاق، باب من جوز طلاق الثلاث، ومسلم: رقم (1492) في اللعان.

(2) أخرجه البخاري: 9/389 و390 في الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، وفي المحاربين، باب ما جاء في التعريض، ومسلم: رقم (1500) في اللعان.

فلا يلحقه.

قُلتُ: يريد بينة بالتقاطه؛ إذ الشهادة على النفي لغو، وفي البينة بالتقاطها إياه نظر لقول مالك فيها: إن ادعى اللقيط ملتقطه لم يلتحق به إلا أن يكون لدعواه وجه، كمن عرف أنه لا يعيش له ولد، فزعم أنه رماه لسماعه إذا طرح الجنين عاش، ونحوه مما يدل على صدقه، ونفي الزوج حملًا أو ولدًا لا يمكن منه عادة مقبول واجب دون قوله.

ابن القصار: هذا قول الجميع فيما لا يمكن لقصوره غير سقط عن ستة أشهر من يوم عقد الزوج، وفيما لا يمكن لعدم إمكان المسيس عادة عندنا كالشافعي وألحقه به أبو حنيفة.

قال: قال أبو حنيفة: لو عقد عليها بحضرة الحاكم، ثم طلقها بحضرته عقب العقد، فأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لحق به.

ولو تزوج بالمشرق امرأة بالمغرب فأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لحقه، ولو كان بينهما مسافة لا يمكن أن يلتقيا لبعدهما.

وفيها: لا لعان في قذف الصبي امرأته الكبيرة؛ إذ لا حد عليه في قذفه، ولأنه لا يلحقه ولد إن كان.

وفي الموازيَّة: إن ظهر بزوجته حمل حدث ولا لعان فيه، ولا في نفي حمل امرأة المجبوب أو خصي لا يولد له، والولد لزنى ويلتعن في رميها وإلا حد، وإن اختلف في الخصي فقيل: يولد له، وقال آخرون: لا يولد له فلا بد من اللعان، ويلتعن العنين والشيخ الزمن في الرؤية بلا شك، وفي نفي الحمل؛ لأنها تقول: يطؤني.

اللخمي: قال ابن حبيب في المجبوب: إن كان مقطوع الأنثيين والذكر لم يلحق به ولا يلاعن، وتعتد زوجته لوفاته دون طلاقه، وإن بقيت يسرى أنثييه وبعض عسيبه فهو كالسليم.

وفيها: من قذف امرأته وكانت وطئت غصبا التعن.

قال غيره: إن قذفها برؤية غير الغصب تلاعنا جميعا، فإن غصبت فاستمرت حاملا لم ينتف الولد إلا بلعان ولا تلتعن هي؛ إذ تقول: إن لم يكن منك فهو

من الغصب.

محمد: هذا إن عرف غصبها بأن ترى متعلقة به تدمي أو غلب عليها وإلا لزمها اللعان، وقول الغير تفسير وقاله بعض الفاسيين، ونقل ابن عبد السلام أنه خلاف لا أعرفه.

اللخمي: إن نفاه لغصب ببينة فكثبوت زناها، إن قال: ليس مني كنت استبرأت، اختلف قول ابن القاسم في نفيه بغير لعان، وعلى اللعان يلاعن الزوج فقط إن نكل لم يحد ولم تلاعن لإمكان أنه من الغصب، وأرى أن لا ينفي إلا بلعان كما لو كانت أمة أو نصرانية.

قُلتُ: البينة بالغصب تقوي نفيه بغير لعان ولا بينة في الأمة والكتابية.

قال: وإن لم يثبت الغصب إلا باتفاقهما.

قال محمد: يتلاعنان، تقول المرأة أن قد غصبت على نفسي ويفرق بينهما، وإن نكلت رجمت، ولا وجه لرجمها؛ لأن الزوج لم يثبت لعانه إلا غصبها، فلا لعان عليها كثبوت غصبها ببينة، ولو لاعنت لم يفرق بينهما؛ لأنها إنما أثبتت بلعانها غصبا، ولها أن تقول في أربع شهادات أنه من الصادقين أو لقد صدق.

قُلتُ: قبل التونسي قول محمد وساقه مساق تفسير المذهب.

اللخمي: ولو ادعى طوعها وادعت غصبها فعلى قول ابن القاسم تحد؛ لأنها أقرت بالإصابة وادعت الغصب، ولا لعان على الزوج، وعلى قول أشهب: لا تؤخذ بغير ما أقرت يلاعن الزوج، إن نكل لم يحد للاختلاف في قبول قوله، وإن لاعن حلفت لقد غصبت وبرئت، سواء ظهر بها حمل أم لا؛ لأنها ذات زوج قادرة على أن تنسبه إليه، وإن ادعى غصبها وأنكرت إصابتها التعنا على قول محمد، والصواب أن لا لعان عليها؛ لأنه إنما أثبت بالتعانه عليها غصبا، فإن نكل عن اللعان مع ثبوت الغصب ببينة أو تصادقهما لم يحد، وكذا إن ادعى الغصب وأنكرت أن يكون أصابها أحد لم يحد الزوج؛ لأن محمل قوله الشهادة لا التعريض.

عبد الحق: إن تصادقا على الغصب لم ينتف الولد إلا بلعان بخلاف اتفاقهما على زناها عند ابن القاسم؛ لأن حدها في إقرارها بالزنا ينفي تهمتها، وفي الغصب لا تحد.

ولو رجعت التي أقرت بالزنا قبل حدها صارت مثل هذه، والتي تدعي أنها غصبت، وهي تحت زوج لا تحد فيما ظهر بها من حمل؛ لأنها لو شاءت ألحقته بزوجها بخلاف التي لا زوج لها لا تصدق في الغصب إلا إن صاحت حين نزل بها وبلغت فضيحة نفسها، وقال في تهذيبه: روى ابن عبد الحَكم: إن أنكر حملها واتفقا على غصبها قالت في لعانها: ما زنيت وغلبت على نفسي.

وقال ابن القاسم في لعان المغتصبة: تقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين ما زنيت ولا أطعت، ونحوه للتونسي قال: وإذا لاعنها ونفى الولد، ولم يكن عليها لعان لظهور الغصب بقيت زوجة على الأشهر أن الفرقة إنما هي بتمام لعانهما.

وفيها: إن قذف الحر زوجته، فقال: رأيتها تزني وهي ممن لا تحمل لصغر أو كبر، لاعن إن كانت الصغيرة قد جومعت، وإن لم تبلغ المحيض، وكذا في قذفهما إن كانتا حرتين مسلمتين ليزيل حد قذفه، وتلتعن الكبيرة لا الصغيرة إذ لا تحد إن نكلت أو أقرت.

اللخمي: إن كانت في سن من لا تطيق الوطء فلا شيء عليه؛ لأن قذفه إياها لغو إذ لا يلحقها به معرة وإن كانت في سن من تطيقه، فقال ابن القاسم... فذكر ما تقدم. قال: وعلى قول ابن الماجِشُون لا حد في قذف الأنثى إن لم تبلغ؛ لا يحد ولا يلاعن، وعلى قول مالك إنما اللعان لنفي الحمل يحد ولا يلاعن، وإن كانت في سن من يخشى حملها له أن يلاعن إن ادعى رؤية اتفاقًا، ويجب على قول مالك: (يحد قاذفها) لا على قول عبد الملك: (لا يحد)، وعليه إن لاعن فظهر بها حمل لم يلحقه ولا عنت؛ إن نكلت حدت حد البكر لإمكان أن يكون بلوغها بعد إصابة الزوج وقبل الإصابة التي رماها بها، ولو لم يقم لقذفها حتى ظهر حملها لزمه اللعان اتفاقًا؛ إن نكل حد ولزمه الولد، وإن لاعن لزمها اللعان، إن نكلت حدت حد البكر.

قُلتُ: هذا خلاف سماع أبي زيد ابن القاسم: من تزوج وصيفة لم تبلغ وتطيق الوطء، فقال: رأيتها تزني ولاعن خوف حملها، إن ظهر بها حمل لم يلحقه، ولا لعان عليها إن لاعن قبل أن تبلغ المحيض ثم بلغته، إلا أن يريد بلغته بغير هذا الحمل، ولم

يتكلم ابن رُشْد على هذا بشيء. قال: وإن كانت قعدت عن المحيض وادعى رؤية تلاعنا على قول ابن القاسم وأحد قولي مالك، وعلى قوله: إنما اللعان لنفي الحمل يحد ولا يلاعن.

والرضى بالحمل يمنع نفيه ففيها: من ثبت ببينة أو إقرار أنه رأى حمل امرأته ولم ينكره ثم أنكره لم يكن له ذلك وحد إن كانت حرة مسلمة.

الباجي: قيامه بعد علمه بيوم لغو.

القاضي: إلا أن يكون له عذر.

اللخمي عن ابن القصار: إن سكت حتى وضعته، وقال: رجوت أنه ربح، قبل قوله إلا أن يجاوز ثلاثة أيام، أو يقبل التهنئة به لحديث المصراة[1].

قُلتُ: يرد بأن ضرر لحوق ولد بغير أبيه أشد من ضرر التصرية، ولأن حفظ الأنساب آكد من حفظ الأموال، وبه يمنع جريها على قولها من رأى حمل أمة ابتاعها سليمة منه، فتوانى في ردها.

أبو عمر: أجمعوا أن من بان له حمل ولم ينكره ثم نفاه لحق به وحد إلا أبا حنيفة والثوري.

قُلتُ: هذا خلاف قول ابن القصار.

الباجي عن محمد وابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إن ادعى رؤية قديمة، ثم قام الآن بها حد؛ ولم يقبل.

قُلتُ: ظاهره، ولو قال: لم أمسها بعد رؤيتها.

وقال اللخمي: لم يختلف المذهب إن رآها وسكت، ولم يذكر ذلك إلا بعد مدة أو ظهور الحمل إلا أنه لم يصب بعد الرؤية أن له أن يلاعن، ومن قال له أبو زوجته عند سفره بعد مبارأتها: أقم لها حميلا بنفقة حملها، فظاع أجنبي بحملها بحضرته، ثم قدم بعد وضعها فأنكره في حده لاقتضاء رضاه بالحمالة الإقرار بالحمل، ثالثها: القياس حده

---

(1) أخرجه البخاري: 4/309 في البيوع، باب إن شاء رد المصراة وفي حلبتها صاع من تمر، ومسلم: رقم (1524) في البيوع: باب حكم بيع المصراة.

ولا يبعد سقوطه استحسانا لدرء الحد بالشبهة لأبي عمران والمتيطي مع ابن سهل عن بعض الأندلسيين وأبي بكر بن عبد الرحمن قائلين، ويلاعن.

وروى اللخمي: من طلق امرأته فقالت: إني حامل، فقال استأجر امرأة تكون معها؛ لأنها غير مأمونة، فجعل معها امرأة فاستمرت، فقال: كنت اعترضت عنها ولا أعلم أنه كان مني إليها شيء فاحتجوا بأنهم جعلوا معها أمينة. قال جهلت ذلك؛ إن لم يأتوا بالبينة لاعن، وإن جاءوا بها لحقه الولد، ولا حد عليه؛ لأنه ما نفى ولدا ولا قال رأيتها تزني، إنما قال: ما أعلم أني أصبتها وقد تحمل المرأة ولا يبلغ ذلك منها.

قُلتُ: هو سماع القرينين في طلاق السنة.

ابن رُشْد: معناه أن الزوج غير مقر أنه قال: اعترضت عنها ولا أعلمه كان مني إليها شيء، وإنما ادعى ذلك عليه وهو منكر، ويدعي أنه لا شك أنه لم يصبها، فرأى مالك ثبوت الشك عليه في ذلك، بهذا القول يلحق الولد به، وهو صحيح كمن ادعى على رجل فشهد عليه أنه قال: لا أدري من جرحني أن قوله يبطل، ويلزم عليه في المودع يدعي رد الوديعة، فيشهد عليه أنه قال: لا أدري أكنت رددتها أم لا، أن لا يصدق في الرد إلا أن يفرق بين الحقوق واللعان؛ لأنه أغلظ منها، وقد تعقب التونسي قول مالك هذا، وقال: ينبغي أن يلاعن مع تماديه على الشك كمن شك هل له على رجل مائة ثم تيقنها، أن شكه لا يسقط توجه اليمين على المدعى عليه. قال: إلا أن يقال إقراره بالشك رجوعه عنه إلى إقرار يدعيه بخلاف إنكاره أن يكون قال ذلك، ويجعل إنكاره للشك كتماديه عليه وليس ببين، وما نظرتها به من المسائل أشبه من التي نظرها هو به، وقول مالك صحيح وقول مالك لا حد عليه إلى آخره، قوله بعيد؛ لأنه بإنكاره الوطء قاذف، فإذا لم يصدق في إنكاره ولا مكن من اللعان وجب حده ومن رجع لإقراره بالقذف بعد إنكاره لإقامتها ببينة به، ففي لعانه وعدمه فيحد قولا ابن القاسم وغيره فيها، وخرج عليهما ابن محرز من ادعى عليه دين فجحده فقامت به بينة بقضائه، وعزا الصائغ هذا التخريج لجماعة من المذاكرين، وللصقلي إثر قول ابن القاسم قال في الموازيَّة بخلاف الحقوق.

قُلتُ: لدرء الحدود بالشبهات، وفي قذفها من قال لامرأته في ولدها منه لم تلديه،

وقالت: هي ولدته إن كان أقر به فهو ولده ولا يلاعن ولا يحد، وإن لم يقر به قط ولم يعلم بالحمل فهو ولده إلا أن ينفيه بلعان.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: إن شهدت امرأتان أن هذا الولد ولدته امرأتي، وكان كبيرًا أو صغيرًا وأنكرته، وقلت: ولدها ذلك مات أو انفش حملها، وكنت حاضرًا أو غائبًا فهو لاحق بك بشهادة.

ابن رُشْد: شهادة امرأتين في الولادة جائزة اتفاقًا، ولو ادعت ذلك بشهادة امرأة أو دونها وأنكره هو قائلا لم تلديه، ففي قذفها: القول قولها إلا أن ينكره ويدعي الاستبراء فله نفيه بلعان، وطرحها سَحنون ورأى أنها لا تصدق فلا يكون على الزوج لعان حتى تثبت الولادة، فإن أثبتتها لحق به الولد وتعلق فيما ذهب إليه من أنها تصدق على الولادة إذا جاءت بالولد بظاهر قول ابن القاسم في الشهادات وأمهات الأولاد منها.

قُلتُ: كذا وجدته في نسختين، وفيما نقله عن سَحنون تناقض واضح.

ابن عات: من قال في حمل أو ولد ليس مني، فقيل له: ممن؟ قال: لا أدري، حد إلا أن يقول: زنت فيلاعن. قاله ابن العطار فانظره.

[باب شرط اللعان]

وشرط اللعان ثبوت الزوجية لقولها مع غيرها[1]: واللعان بين كل زوجين.

وقال ابن سهل عن ابن لبابة: لا يجب إذا كان الزوج والمرأة من أهل المصر إلا بعد ثبوت الزوجية، وإن لم تثبت الزوجية لزم الحد، وإن لم يكونا من المصر وجبت الملاعنة، وإن لم تثبت الزوجية.

قُلتُ: يريد: لم تثبت الزوجية ببينة؛ بل بمجرد قولهما لا أنها لم تثبت مطلقًا.

ابن فتوح: يكفي في ثبوتها صداق نكاحها.

المتيطي: لأبي عمران في أسولة الباجي يكون اللعان مع شبهة النكاح، وإن لم تثبت

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ثبوت الزوجية) وثبوتها إما بشهادة أو بصداقها أو بالإقرار كالطارئين، وهو ظاهر وكذلك محل اللعان ووقته كل ذلك جلي.

الزوجية إذا درئ الحد عنهما.

المتيطي: إذا ثبتت مقالتها وزوجيتها سجنه الإمام.

الباجي: اختلف في سجنه، فسألت أبا عمران بن عبد الملك، فقال: يسجن لقول مالك فيها أنه قاذف، فيوعظ الزوج أولا، فإن لم يرجع ففيها يبدأ فيشهد أربع شهادات بالله.

المتيطي: وقال في كتاب الأقضية: الأيمان في اللعان والقسامة والحقوق بالله الذي لا إله إلا هو ونحوه في الموازيَّة، وروى ابن كنانة في اللعان والقسامة وما بلغ ربع دينار بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، وقاله ابن الماجِشُون، وقال في الموازيَّة: يحلف بالله الذي أحيا وأمات.

اللخمي: لو قال: (والله) فقط أو (والذي لا إله إلا هو) فقط ففي إجزائه قولا مالك وأشهب، ولو في المال وفي (أشهد بعلم الله) رواية محمد وأصل أشهب، وفي (أقسم) بدل (أشهد) و(بالرحمن) بدل (بالله) التخريج على قول مالك، وقول القاضي: مقتضى النظر لا يجوز إلا ما نص عليه والصواب الأول.

وفيها مع غيرها ما تحلف به المرأة كالرجل.

اللخمي: في لزوم أني لمن الصادقين للزوج قولان للموازية ولها، والصواب الأول لوروده في القرآن مع حديث البخاري أمرهما ﷺ أن يتلاعنا بما في القرآن.

قُلتُ: وعزاه ابن حارث لسماع أَصْبَغ ابن القاسم، وهو في الرواية: رأيتها تزني، وفي لزوم زيادة: كالمرود في المكحلة، قول أَصْبَغ مع رواية محمد وقولها، وصوب اللخمي الأول بأن أيمانه كالبينة إن نكلت، وقولها ما رآني أزني كافٍ.

قُلتُ: ظاهره لو زاد كالمرود أجزأها والاقتصار أبلغ؛ لأنه نفي لأعم.

وفيها: يقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

ابن عات: قال الباجي: يحلف أربع مرات ويزيد في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتحلف المرأة أربع مرات وتحلف خامسة بمثل ذلك، تزيد في الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وقاله محمد وأَصْبَغ ورواية المدَوَّنة

خلاف ذلك.

سألت عنها الشيخ أبا الحسن القابسي. قال: نص كتاب الله شهادة أحدهم أربع شهادات بالله، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وفي الزوجة أربع مرات، وفي الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وأنت تقول: تشهد بالله خمس مرات، ويزيد في يمينه اللعنة، والمرأة في يمينها الغضب، فبهذه ستة أيمان، وأنكر ما ذكره محمد، ونزلت بقرطبة أيام القاضي ابن زياد فشاور في ذلك أهل العلم بقرطبة فأفتوا بها في داخل هذا الكتاب.

قُلتُ: نصه يحلف الزوج قائمًا مستقبلًا القبلة يقول بالله الذي لا إله إلا هو: لقد زنت فلانة هذه -يشير إليها- وما هذا الحمل مني أو ما حملها هذا مني، وإن لم ينف حملا قال: لزنت فلانة هذه، وقال قوم: يقول أشهد بالله ثم يخمس باللعن، وتحلف المرأة أربعة أيمان على ما تقدم: لما زنيت وأن هذا الحمل منه وتخمس بالغضب، تقول غضب الله عليها إن كان من الصادقين، أو بتقديم عليها.

قُلتُ: ظاهر هذا كالقابسي.

قُلتُ: انظر هل خلاف القابسي لمحمد في إقران اللعنة بأشهد فتكون الشهادات على قول محمد شاء أو في كون الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين لا أنها أشهد بالله لكذا ولعنة الله إن كان كذا، والثاني أظهر، فإن قلت: كيف يتقرر على الثاني قول القابسي فتكون الأيمان ستة.

قُلتُ: يتقرر بأن التعاليق أيمان على ما مر، فإذا قال في الخامسة: أشهد بالله لكذا ولعنة الله عليه إن كان كذا، كان قوله: أشهد يمينًا وهي الخامسة، وقوله: (إن كان إلى آخره...) يمينًا أيضًا فتكون سادسة، ولذا قال: تكون الأيمان ستة، ولم يقل تكون الشهادات ستة، وظاهر قول ابن عبد السلام في تفسير قول ابن الحاجب بقوله يعني يقول أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين متصلًا بيمينه الخامسة ولا يفرد اللعنة بيمين.

قال ابن القابسي: أنه حمله على الأول وهو بعيد؛ لاقتضائه أن يكون قول ابن المَوَّاز أنه يشهد ست شهادات.

اللخمي: على أن لعان الرؤية ينفي الولد، وإن كانت حاملًا لا يذكر في لعانه تاريخًا، وعلى القول برعي الوقت الذي أتت به من وقت زناها يسأل عن وقت رؤيته إن كان ستة أشهر فصاعدًا أثبته في لعانه.

وهو في نفي الحمل قال ابن القاسم فيها: لزنت وتقول هي ما زنيت، وفي الموازيَّة: ما هذا الحمل مني، وعليه تقول هي أنه لمنه.

أَصْبَغ: لزنت وما هذا الحمل مني، وهي ما زنيت وأنه لمنه.

قُلتُ: إنما عزاه ابن محرز له بلفظ أحب وكذا الباجي وغيره.

الشيخ: قول أَصْبَغ ولقد زنيت.

اللخمي: تعارض فيه قد تكون غصبت، وفي الموازيَّة: أحب إليَّ أن يتبع ما هذا الحمل مني ولزنت في كل مرة، لزنت كالمرود في المكحلة.

وقال ابن شعبان: قال بعض أصحابنا: ويقول لقد استبرئت، وأرى أن يكون لفظه على ما به ينفي الولد في صحة نفيه بالاستبراء فقط أو بالرؤية فقط أو بهما خلاف فما به ينتفي بذكره في لفظه، وقوله يجزئه ما هذا الحمل مني على القول بنفيه بالاستبراء فقط يقتصر عليه، ولا يقول زنت لإمكان أنها غصبت، وقول المدَوَّنة لزنت يصح رده للقول أنه لا ينفى إلا بالرؤية والاستبراء، وقول ابن شعبان أحسن.

ابن شاس: تقول المغتصبة إذا التعنت في نفي الولد أشهد بالله ما زنيت ولا أطعت.

قُلتُ: نحوه تقدم لمحمد.

وقال ابن الحاجب: في المقسم عليه للرجل لرأيتها تزني. وقيل: يصف كالشهود، وقيل: يكفي لزنت على الخلاف المتقدم، وفي نفي الحمل لزنت أو ما هذا الحمل مني، وقيل: لا بد من ذكر سبب الاعتماد كالأول وتقول المرأة ما رآني أزني للأول وما زنيت أو لقد كذب للجميع، وفي نفي الحمل ما زنيت للأول.

وقيل: للجميع وتعكس أو لقد كذب للجميع.

قال ابن عبد السلام: يعني على الخلاف المتقدم؛ أي: الخلاف الذي قدمه في فصل الاعتماد، فيكون هذا الخلاف جاريًا على ذلك لتطابق اليمين الدعوى.

قُلتُ: خلاف الاعتماد في غير نفي الحمل إنما هو متقدم قوله يعتمد على تعيينه بالرؤية، وقيل: كالشهود، وقيل: على ظنه كالأعمى على المشهور، وهذه الأقوال الثلاثة لا يتقرر على واحد منها القسم على مجرد لزنت، والأقرب أن مراده على الخلاف المتقدم في ثبوت اللعان بقوله زنت. قال: وقولها عوضًا عن ما رآني أزني ما زنيت، أو لقد كذب أجزأها؛ لأن نفي الزنا أعم من نفي رؤيته، ونفي الأعم يستلزم نفي الأخص، وهذا أبلغ؛ لأنه يجزئ على كل قول، وهو مراده بقوله للجميع، وإنما لم يكلفها ذلك في القول الأول؛ لأنه حلف على زيادة فوق ما ادعى عليها، ولا يبعد أن يقال حلفها على الوجه الأعم لا يجزئها على ما في كتاب الشهادات من المَدَوَّنة خلاف قول ابن عبد الملك.

قُلتُ: قول ابن الحاجب يجزئها قولها ما زنيت هو نقل الجلاب عن المذهب.

وقوله: (أو لقد كذب للجميع) ظاهره الاقتصار على هذا اللفظ وفيه نظر على ما في الجلاب؛ لأن فيه لقد كذب علي فيما رماني به، وقول ابن الحاجب: كذب علي فقط يصدق بكذبه عليها في غير ما رماها به من الزنا، وكذلك على ما في التلقين أنها تشهد بنقيض ما شهد به؛ لأنه ليس نقيضه ضرورة جواز اجتماع قوله زنت وقولها كذب على الصدق، وقول ابن عبد السلام لا يبعد أن يقال حلفها على الوجه الأعم إلى آخره.

قُلتُ: مسألة كتاب الشهادات التي أشار إليها هي قولها من اشترى منك ثوبًا ونقدك الثمن فقبضته وجحدته الاقتضاء وطلبت يمينه فأراد أن يحلف لا حق لك قبله لم يكن له ذلك ولك أن تحلفه أنه ما اشترى منك سلعة كذا؛ لأن هذا يريد أن يورك، وتخريجه عليها يرد بأن قولها ما زنيت يرفع دعواه عليها أنه رآها تزني قطعًا، وقول المشتري لا حق للبائع قبله لا يرفع دعوى البائع عليه، ولا يستلزم رفعها؛ لأن دعوى البائع إنما هي البيع لا قوله لي عندك شيء أو الثمن، ولذا إنما يكون القول قول المشتري في نفي البيع لا في دفع الثمن ولا يستلزم رفعها لعدم تنافيهما لجواز اجتماعهما على الصدق بوقوع البيع ودفع الثمن فيصدق دعوى البائع البيع، ودعوى المشتري لا حق له قبله.

ابن محرز عن أَصْبَغ: إن جعل مكان إن كنت من الكاذبين إن كنت كذبتها أو جعلت بدل إن كان من الصادقين أنه لمن الكاذبين أجزأ.

زاد الباجي عنه: وأحب إلينا لفظ القرآن، فأشار إلى أن لفظ اللعان غير متعين إلا أن لفظ القرآن أفضل، وظاهر قول ابن وَهْب تعيينه بلفظ القرآن.

اللخمي عن القاضي: إذا جعل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة، مقتضى النظر لا يجوز؛ لمخالفتها القرآن.

المازري: اختلف المذهب في تبديله أني لمن الصادقين بما كذبت عليها في الخامسة وهي أيضًا في الخامسة، هل يجزئ أم لا يجزئ إلا ما نص الله تعالى عليه؟ فلو بدأت المرأة ففي لزوم إعادتها نقل الباجي نقل القاضي عن المذهب محتجًا بدلالة قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ ﴾ [النور: 8] مع أشهب محتجًا بالقياس على بدء الطالب باليمين قبل نكول المطلوب، وقول ابن القاسم في الموازيَّة مع سماع أبي زيد ابن القاسم إن التعنت قبل الزوج قيل له التعن وابرأ من الإرث ولا تحد أو لا فتحد وترث، ولو كانا حيين لم يقل لها التعني ثانية.

ابن رُشْد: إنما اختلف قولهما إذا حلفت المرأة أولًا كما يحلف الرجل لا على تكذيب أيمان الرجل فقالت: أشهد بالله أني لمن الصادقين ما زنيت وأن حملي هذا منه، وفي الخامسة غضب الله علي إن كنت من الكاذبين.

قال ابن القاسم: فيقول الرجل أشهد بالله أنها لمن الكاذبين ولقد زنت وما حملها هذا مني، وفي الخامسة لعنة الله عليه إن كانت من الصادقين، ولو حلفت المرأة أولًا بلفظ حلفها ثانية فلا خلاف بينهما في لغو حلف المرأة، وقول ابن القاسم على أصله في صبي قام له شاهد بحق فأحلف المدعى عليه فبلغ الصبي فنكل أنه يجتزئ بيمين المدعى عليه أولًا، وعلى لغو أشهب في لغو لعان المرأة لا يجتزئ بيمين المدعى عليه؛ لأن العذر والخطأ واحد.

وفيها: العذر أخف من الخطأ في الإجزاء كفقد الماء والصعيد وتركهما خطأ وتفريق الاعتكاف للخوف وللخطأ وغير ذلك من مسائل المذهب، ولأن الشارع صلوات الله عليه غلظ في اللعان ما لم يغلظ في الحقوق.

ومحله في كون المسجد بمحضر الإمام أو أحدهما نقل اللخمي عنها وعن عبد الملك، وعبر المتيطي وابن الجلاب عن المسجد بالمسجد الأعظم.

قال ابن شعبان: قائما في القبلة بالمسجد الأعظم، فإن كان بالمدينة فبالروضة مما يلي القبر، فإن كان بمكة فبين الركن والمقام.

وقول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: يجب في أشرف أمكنة البلد استعماله لفظ الوجوب بعيد إنما هو أولى، وعبارات المتقدمين كلفظها يلتعن في المسجد يرد بأن ظاهر يلتعن في المسجد الوجوب لا الأولوية، ولقول عياض: أصل مذهب الكتاب أنه لا يكون إلا في المسجد لا في غيره.

وفي المقدمات: لا يكون اللعان إلا بالمسجد، ومثله للشيخ عن محمد عن عبد الملك وهو خلاف، نقل اللخمي عنه أنه يصح عنده بمحضر الإمام في غير المسجد.

وفي وقته عبارات الجلاب بعد العصر.

المتيطي عن ابن وضاح: لا توقيت لليمين بعد العصر.

اللخمي: فيها لابن القاسم في دبر الصلوات بمحضر الناس.

وفي الموازيَّة: في أي ساعة شاء الإمام، وبعد العصر أحب إليَّ.

ابن شعبان: بعد العصر أو الصبح، وأظنه لحديث: «**يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار ويجتمعون في صلاة العصر وصلاة الصبح**»[1]، وكذا ينبغي في أيمان القسامة وما يعظم من الأموال والجراح، ورضي أحدهما بلعان الآخر في غير المسجد لا يقبل؛ لأن فيه حقًّا لله تعالى.

وفيها: تلاعن النصرانية بالكنيسة حيث تعظم وتحلف بالله وللزوج أن يحضر معها أو يدع ولا تدخل هي معه المسجد؛ لأنها تمنع منه.

الشيخ في الموازيَّة عن عبد الملك: لا يكون إلا في مقطع الحقوق بإثر صلاة، وقيل: إن كان مريضًا بعث الإمام إليه عدولًا، وكذا المرأة إن لم تقدر أن تخرج، وكذا سمع أَصْبَغ ابن القاسم، وزاد ابن حبيب عن أَصْبَغ: إن كان الزوج هو المريض ورثته. قاله مالك وأصحابه، وكذا نقله عبد الحق في تهذيبه بلفظ: وقيل: إن كان مريضًا، والصائغ في أول كلامه، ثم نقله كأنه المذهب لا بلفظ قيل، وكذا نقله المتيطي وكذا الباجي.

---

(1) أخرجه البخاري: 2/28 و29 في مواقيت الصلاة، باب فضل صلاة العصر، وفي بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، ومسلم: رقم (632) في المساجد، باب فضل صلاتي الصبح والعصر والمحافظة عليهما.

قال: رواه أَصْبَغ عن ابن القاسم، وقال فيه: مرضا لا يعرف متى يصح، وقول اللخمي: لا يبعد أن يكون عند القاضي أو الفقيه الجليل ويجمع الناس لذلك، إن أراد بإذن الإمام فواضح وإلا فمشكل لقول عياض: سنته أن يكون بحضرة الإمام أو من يستنيبه لذلك من الحكام، وهذا إجماع أنه لا يكون إلا بالسلطان.

وفيها: بمحضر من الناس.

ابن محرز: لأنه حكم إمام بما فيه حقوق كثيرة فوجب أن يحضره من يشهد عليه لقوله تعالى في الزانيين: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2]، وأقلها عند مالك أربعة.

ابن شعبان: يخوفان قبل اللعان ويذكران عذاب الآخرة، يقال للزوج: تب تجلد ويسقط إثمك، ويقال لها نحو ذلك.

قُلتُ: في رواية ابن عمر في صحيح مسلم: **«فأنزل الله هؤلاء الآيات في سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: 6] فتلاهن عليه ووعظه وذكره، وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فقال: لا والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها، ثم دعاها فوعظها، وذكرها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة»**[1] الحديث، وفي حديث ابن مسعود: **«فذهبت لتلتعن، فقال لها النبي ﷺ: مه، فأبت فلعنت»**[2]، وفي رواية ابن عباس عند أبي داود: أن رسول الله ﷺ **«أمر رجلا حين أمر المتلاعنين أن يتلاعنا أن يضع يده على فيه عند الخامسة يقول إنها موجبة»**[3].

عياض: حديث مسلم سنة في وعظ المتلاعنين، وقال الشافعي: يعظ كلا منهما بعد تمام الرابعة قبل الخامسة، وقول ابن الحاجب: يستحب تخويفهما وخصوصا عند الخامسة، لا أعرفه إلا ما عزاه عياض للشافعي، وظاهره أنه غير المذهب.

---

(1) أخرجه البخاري: 9/ 403 في الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين: إن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب، ومسلم: رقم (1493) في اللعان.

(2) أخرجه مسلم: رقم (1495) في اللعان.

(3) أبو داود: رقم (2255)، في كتاب الطلاق باب في اللعان.

وفيها: تأخير لعانها لحيض أو نفاس حتى تطهر، وفي النوادر: إن كانت حائضا لاعن هو إن شاء خوف أن ينزل به ما يمنعه اللعان، فيلزمه الولد وتؤخر هي حتى تطهر، وظاهر قول ابن الحاجب: وفي المختصر: (يؤخر لعانها) ظاهره وجوب تعجيل لعان الزوج، وعليه حمله ابن عبد السلام وابن هارون وقبلاه.

ولما ذكر الباجي ما نقلناه من لفظ النوادر قال: هذا الذي قاله أصحابنا، ويحتمل أن يلزمه ذلك ليدرأ عن نفسه الحد.

وفي اختصار ابن زرقون كلامه بقوله: (لاعن لما يريد من الاستعجال أو ليدرأ عن نفسه الحد قصور).

وفيها: من قال: رأيت فلانا يزني بامرأتي لاعن وحد لفلان.

الباجي: لا يتخلص من الحد له إلا باللعان خلافا للشافعي أنه لا يحد له إذا أدخله في لعانه، وإن حد له سقط عنه اللعان. قاله سَحنون وكذا نقله المازري وعياض.

وقال ابن الحاجب: حد له على المشهور فأثبت قولا بأنه لا يحد له لا بقيد إدخاله في لعانه، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون ولا أعرفه.

ولابن شاس: إن ذكره في لعانه فليس على الإمام أن يعلمه، وروى أن ذلك عليه، فإن علم وقام بالحد حد له، وفي قذفها لا يقوم بالقذف إلا المقذوف، وفي سرقتها لو سمع الإمام رجلا يقذف رجلا ومعه من ثبتت شهادته عليه أقام عليه الإمام الحد.

الشيخ عن الموازيَّة: من قال لزوجته بعد أن لاعنها ما كذبت عليها أو قذفها.

قال محمد: لا يحد؛ لأنه إنما لاعن لقذفه إياها، وما سمعت فيها من أصحاب مالك شيئًا، وفيها لربيعة: يحد ومثله في الموازيَّة لابن شهاب، ويحتمل أن يكون قول محمد فيمن قذفها بما لاعنها به، وقول ابن شهاب وربيعة: إذا لم يقيد قذفه بما لاعنها به، وقول ابن الحاجب: ثم قذفها به لم يحد على الأصح، لا أعرف مقابل الأصح لغير ربيعة وابن شهاب، واختيار التونسي، ولم يعزه اللخمي لغير ابن شهاب.

الشيخ عن الموازيَّة: من قذف زوجتيه فقامت به إحداهما فأكذب نفسه فحد لها، فقامت به الثانية لا يحد، والحد الأول لكل قذف مضى، ولو قال بعد حده: صدقت

عليك أو على صاحبتك حد ثانية إلا أن يلاعن سواء فيمن قال ذلك لها منهما. قاله ابن القاسم، وقال عبد الملك: يحد للأولى ولا يلاعن؛ لأنه قذف ثانٍ، وقد أكذب نفسه فيها.

محمد: هذا أحب إليَّ، ولو قال للثانية: صدقت عليك وكذبت في صاحبتك لاعن وإلا حد، وإن قال للثانية: كذبت عليك وصدقت في صاحبتك فهذا قذف ثانٍ يحد، ولا يلاعن عند عبد الملك.

وقال ابن القاسم: يحد إلا أن يلاعن.

الباجي: قول ابن القاسم على أن له الرجوع للعان بعد تقرر الحد عليه، وقول عبد الملك على أن ليس له ذلك.

الشيخ عن محمد: من لاعن ثم أقر بالولد لحق به، فإن لاعن لرؤية فقط، أو لرؤية وإنكار الولد لم يحد، وإن كان لإنكار الولد فقط حد.

زاد الباجي إثر هذا: ولو لم يتقدم لعانه فادعى الرؤية ونفي الولد، ثم أقر بالولد حد.

وفيها: من انتفى من حمل زوجته بلعان، ثم أقر به بعد ولادته حد ولحق به وغرم لها نفقة مدة يسره بها.

قُلتُ: ظاهره ولو نفاه مع قذفها.

وفي الجلاب: إذا وقعت الفرقة بين المتلاعنين، ثم أكذب الرجل نفسه لحق به الولد وحد، فالحاصل إن لاعن لنفي حملها فقط حد باستلحاقه وإلا فثالثها: إن لاعن لنفي حملها مع رؤية أو قذف للجلاب ومحمد وظاهرها.

وفيها لابن القاسم: إن لاعن بولد فنفاه، ثم زنت فاستلحق الولد لم يحد.

ابن الحاجب: ومتى استلحق المنفي لحق وحد إلا أن تكون زنت بعد اللعان فلا يحد، وقيل: إن كان المنفي عن قذفها بالزنا.

قُلتُ: يريد: إن كان المنفي عن قذفها بالزنا فلا يحد، وهو ما تقدم لمحمد.

وقال ابن عبد السلام: يريد: إلا أن تكون زنت بعد اللعان فيصير كمن قذف

عفيفا فلم يحد له حتى زنا فيسقط الحد عن القاذف، وقيل: هذا الكلام صحيح بشرط أن يكون الولد المنفي عن زنى قذفها به، وإن كان عن غير ذلك فلا، ولا فرق بين الأمرين.

قُلتُ: هذا وهم؛ إذ لا خلاف في سقوط حد القاذف بمجرد زنا المقذوف، فقول ابن الحاجب: (وقيل) معطوف على المستثنى؛ أي: وقيل: إن كان المنفي عن قذفها فلا يحد باستلحاقه الولد، والقولان بناء على الخلاف في القاعدة الأصولية الفقهية، وهي أن لازم القول قول أم لا؛ لأن نفي الولد في مجرد القذف إنما هو لازم لقول القذف لا صريح قول، ومنه قولا ابن القاسم وأشهب في العتق الأول فيمن قال: إن لم يفعل فلان كذا فعبدي فلان حر، فضرب الحاكم للحالف أجلا لفعل فلان فمات الحالف في الأجل، فقال ابن القاسم: يعتق العبد، وجعل الحالف على حنث؛ لأن ضرب الأجل إنما جاء باللزوم لا بصريح قول الحالف.

وقال أشهب: لا يعتق؛ لأن الحالف مات وهو على بر، وجعل لازم القول كالقول، ومنه في المدَوَّنة غير هذا لمن تأمل.

وفي الموازيَّة لابن القاسم: إن شهدت امرأة فعدلها زوجها، ثم قال: رأيتها تزني قبل أن تشهد حد؛ لأنه أكذب نفسه بتعديلها، وكذا لو عدلها بعد أن رماها، ولو قذفها أجنبي فوكلت زوجها على طلب حده، ثم قال: رأيتها تزني قبل ذلك فلا لعان له ويحد.

قُلتُ: فيه مع قولها: (للمقذوف حد قاذفه ولو علم من نفسه أنه زنا) نظر.

[باب شرط وجوب اللعان على الزوجة]

وشرط وجوبه على الزوجة إسلامها وعلى الزوج في قذفه دون نفي حمل إسلامها وحريتها[1].

فيها: لا يلاعن الزوج في الأمة والكتابية في قذفهما بغير رؤية ولو كان عبدًا؛ إذ لا حد في قذفهما إلا أن يريد أن يحق ذلك عليهما لقوله تعالى: ﴿فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ...﴾ الآية [النور: 6]، وإن ادعى رؤية أو نفى حملا بادعاء استبراء، ويقول: أخاف الموت فيلحقني الولد فهذا يلتعن، ولو نكلت النصرانية أو صدقته لم تحد ونحوه سمع أبو زيد.

ابن رُشْد: لا لعان على النصرانية إلا أن تشاء على ما قاله في المدَوَّنة.

الباجي: لها أن تلتعن لرفع عار ما قذفت به ولقطع عصمة الزوج عنها.

وروى مُطَرِّف: إن نكلت ردت إلى أهل دينها.

قال سَحنون: إن نكلت بقيت زوجة.

اللخمي: إن نكلت عوقبت، وعلى قول المغيرة تحد حد البكر.

قُلتُ: لأنه نقل عنه في كتاب الرجم أن النصراني إذا زنا حد حد البكر، بكرًا كان أو ثيبًا.

محمد: وكذا المجوسي يسلم على مجوسية، ثم يقول: رأيتها تزني، ولا تحلف إن لاعنت إلا بالله لا بالنار.

وفيها: مع غيرها المعتدة من طلاق رجعي في اللعان كغير مطلقة، ومن طلاق بائن إن قال في عدتها مطلقها: رأيتها فيها تزني ففي لعانه ونفيه فيحد، ثالثها: هذا ولا يحد لسماع يحيى ابن القاسم وابن رُشْد عن محمد والمغيرة.

قال مع الشيخ: ومال إليه سَحنون، وقال الباجي: اختاره سَحنون.

قُلتُ: وكذا نقل عنه ابن حارث قال: وقال في موضع آخر: إن رماها في وقت قد

---

(1) قال الرَّصاع: قال: (إسلامها وحريتها) وهو ظاهر وكذلك ما يعتمد عليه الملاعن جلي في كلامه والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

بقي من العدة ما لو أتت فيه بولد من يوم رميه لزمه الولد لاعن، وإن كان وقتا لو أتت فيه بولد لم يلحقه حد ولم يلاعن.

ابن رُشْد: ولو قال: رأيتها تزني قبل أن أطلقها حد ولا يلاعن. قاله ابن القاسم في العشرة.

قُلتُ: هو نص مالك في الموطأ، ونقله ابن رُشْد في سماع يحيى، وسكوته عنه دليل على عدم تنافيهما خلاف قول ابن عبد السلام: هما في غاية المباينة، والفرق بينهما أن سكوته حتى أبانها مكذب له في دعواه.

الباجي: إن قال في العدة: رأيتها تزني قبل الطلاق البائن، فقال أبو الفرج: يحد إلا أن يظهر بها حمل قبل حده فينفيه ويدعي الاستبراء فيلاعن، وقال محمد: أحب إليَّ أن ينظر فإن تبين أن لا حمل بها حد لها، وإن ظهر بها حمل لاعن، وفي سماع يحيى: إن أتت بولد بعد انقضاء عدتها لأقصى ما تلد له النساء لزم الزوج إلا أن ينفيه بلعان.

وفيها: من قذف زوجته ثم بانت منه وتزوجت، ثم قامت بالقذف، ثم التعنا من أبى منهما اللعان حد.

ابن حارث: لو قال مطلقها ثلاثا بعد عدتها: رأيتها تزني حد اتفاقًا.

وفيها: من لم تعلم له بزوجته خلوة حتى أتت بولد لستة أشهر من يوم عقدها فأنكره وأنكر مسيسها وادعته وأن الولد منه وأمكن قولها، وقد طلق أم لا لزمه إلا أن ينفيه بلعان، وإنما عليه إن لاعن نصف المهر ولا سكنى لها.

قرر اللخمي عدم إمكان قولها بقوله أن يعقد وهو غائب وبينهما من المسافة ما إن قدم بعد العقد كان الباقي أقل من ستة أشهر أو أكثر، ويشهد من هو بينهم أنه لم يغب طول المدة أو غاب ما لا يكون مدة لذهابه ورجوعه.

قُلتُ: يريد: لم يغب عن محل عقده أو غاب ورجع إليه ولعسر فهمه لم يذكره عنه أبو إبراهيم. قال: وفي طلاق السنة منها عدم رعي الإمكان، لقولها: لو اعتدت أم ولد لوفاة زوجها وحلت، فلم يطأها السيد حتى مات، أو كان غائبًا ببلد يعلم أنه لم يقدم منه منذ وفاة زوجها فعليها حيضة؛ لأنها لو تمت عدتها من زوجها ثم أتت بولد لما يشبه أن يكون من سيدها، فزعمت أنه منه لحق به في حياته وبعد موته إلا أن يقول قبل

موته: لم أمسها بعد موت زوجها فلا يلحق به، وتابعه على هذه المناقضة غير واحد من الفاسيين والتونسيين ولا مناقضة بينهما، وبيانه أن حيضة أم الولد لوفاة سيدها ألزمها في المَدَوَّنة وأوجبها كعدة الوفاة في النكاح حسبما نص عليه في كتاب العدة قبل هذه المسألة بيسير، فكما أن إمكان الولد في عدة الوفاة لغو لثبوتها في وفاة الزوج الصغير ووفاة من بالمشرق قبل بنائه بزوجته التي بالمغرب، واستدل على ذلك بأنها فراش لسيدها بمجرد انقطاع عصمة زوجها عنها لا بقيد وطئها سيدها بعد ذلك، كما أن عقد النكاح يصير الزوجة فراشا لزوجها لا بقيد بنائه بها، ولذا ذكر في استدلاله على أنها فراش بذلك بقوله: ثم أتت بولد لما يشبه أن يكون من سيدها فقيده بالإمكان، كما أن الزوجة فراش بمجرد العقد مع أنه لا يلحق ولدها إلا بقيد الإمكان.

والحاصل أن الفراش من حيث إيجابه عدة الوفاة لا يشترط فيه إمكان الوطء، ومن حيث إيجابه لحوق الولد يشترط فيه، ومن يذكر مسائل الكتاب في عدة وفاة الزوج الصغير والخصي وعدم لحوقهما ما أتت به زوجتهما من ولد علم ما قلناه ضرورة، ومسألة أم الولد هذه جارية على أصل المذهب في ذلك دون تناقض فيه فتأمله.

اللخمي: إن أتت بها يشبه فتلاعنا ففي لزوم نصف المهر قولان لها، وللجلاب بناء على أن فرقتهما طلاق أو فسخ.

عياض في الموطأ: كقولها لها نصف المهر، فقيل: هو على أن الفرقة طلاق، ويؤيده قولها لأنها في عدة منه وهي مبتوتة وجعل لها السكنى، ولأن أصل المذهب أنها فسخ.

قال بعض الشيوخ: قولها بأنها أثبتت البناء بأيمانها ونفاه بأيمانه فتساوت دعواهما في المهر فيقسم بينهما، وقيل لتهمة الزوج على إسقاط نصف المهر بما ادعاه من سبب اللعان.

عياض: ويحتمل أنه لرعي القول بأنها طلاق.

اللخمي: فإن نكل حد وبقيت زوجة وإن لاعن ونكلت حدت حد البكر وبقيت زوجة، فإن طلق لزمه نصف المهر فقط، وإن أقام لم يمسها حتى تضع، فإن أقر أن الحمل كان قبل العقد أخذ بإقراره فلم تقر تحته، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر فسخ

نكاحها ولا شيء لها، وإن بنى بها؛ لأنها غارة بما أحدثت.

ابن رُشْد: إن وضعته لأقل من ستة أشهر أو ظهر بها حمل في أيام لا يشك أنه قبل العقد فلا مهر ولا لعان، فإن لاعن قبل وضعه ثم أتت به لأقل من ستة أشهر لم يكن لها مهر، ولا تحرم بالتعانها؛ لأنها كانت غير زوجة.

اللخمي: وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر وكان حين العقد غائبًا، ولم يمض من الزمان ما يقدم فيه ثبت نكاحه، وحمل نكاحه على أنه حدث بعد العقد على مشهور أصل مالك، ولو قيل يفسخ ويحمل على أنه متقدم لكان وجها؛ لأن الوضع لستة أشهر نادر.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: لو قال: تزوجتك لخمسة أشهر، وقالت: لسبعة وهي حامل تلاعنا.

اللخمي: يقول أشهد بالله أني لمن الصادقين ما تزوجتها إلا لخمسة أشهر، وتقول: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين ما تزوجني إلا لسبعة أشهر وأنه لمنه، ولم يقله ابن رُشْد.

اللخمي: من ظهر بها حمل بعد طلاقها قبل البناء وتصادقا أنه لم يصب إن تماديا على عدم الإصابة حدت حد البكر ولا لعان.

قُلتُ: هذا على أحد القولين. قال: وإن رجعا لحق به الولد وأكمل المهر وله الرجعة إن لم تكن وضعت، وإن رجع دونها لحقه الولد وحدت وأكمل مهرها إن أحبت، وإن رجعت دونه لاعن، إن نكل أكمل المهر ولحقه الولد، وإن لاعن ونكلت حدت، ولو ظهر حملها بعد موته، وقالت منه لحقه فورثه.

وفي إكمال مهرها وإرثها منه إن لم يكن الطلاق ثلاثا قولا محمد وابن القاسم، ولو تمادت على قولها: لم يصب لم يلحقه لظاهر قول ابن القاسم: يلحق به؛ لأنها لم تثبت على قولها، ولو أنكره وكذبته ولم يلتعن حتى مات لحقه. قاله ابن القاسم.

زاد أشهب: ويكمل مهرها.

و نفي حمل الأمة المقر سيدها بوطئها لغو في اللعان، ولا ينفي إلا بادعائه استبراءها ولم يطأ بعده في حمل يمكن بعده، ومن ثم قال ابن حبيب عن أَصْبَغ: من

اشترى زوجته حاملا أو غير ظاهرة حمل، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء.

سَحنون: أو لأكثر وأقر أنه ما وطئها بعد الشراء فحملها للنكاح.

سَحنون: ولو لخمس سنين، وإلا فهو للملك.

وقول ابن الحاجب: إن ولدته لستة أشهر فأكثر فحكمه فيه حكم الأمة، ظاهره ولو أقر بعدم وطئها بعد الشراء، ولذا لما قرر ابن عبد السلام كلامه قال: هذا إن لم يطأها السيد بعد الشراء، وهذه غفلة فتأمله.

وهو من الزوج يوجب درء حده في الحرة المسلمة وعقوبته في غيرها، وحد المسلمة المكلفة إن نكلت وقطع نسب الولد، ومن المرأة درء حدها أو عاره.

وتأبيد حرمتها بفرقتها على المشهور:

ابن رُشْد في المقدمات: في وقوع الفرقة بتمام لعان الزوجة بعد الزوج أو بتمام لعان الزوج وإن لم تلتعن، ثالثها: بتمام لعانه إن التعنت، للمشهور عن مالك وأصحابه، وقول أَصْبَغ مع ظاهر قول مالك في الموطأ وابن القاسم.

فيها: وعلى الأول إن مات بعد لعانه قبل التعانها ورثته، وقاله مُطَرِّف وابن حبيب، وعلى الثاني: لا توارث بينهما بموت أحدهما بعد لعان الزوج، وعلى الثالث: قولها إن ماتت ورثها الزوج وإن مات ورثته إن لم تلاعن.

عياض: وعلى الثاني حملها بعضهم لدليل قولها: إن أكذب نفسه قبل الخامسة لم يفرق بينهما، وذكر ابن زرقون الثلاثة ولم يعز أولها، وجعل قول سَحنون في نوازله: (من لاعن بحمل امرأته فنكلت فأخر رجمها لوضعها فأكذب الرجل نفسه قبل وضعها وبعد نكولها قطع لعصمتها ولا يتوارثان، فإذا وضعت رجمت، رابعًا: وقال فيه ابن رُشْد في سماع عيسى أنكره أبو بكر بن عبد الرحمن لمخالفته الأصول.

قُلتُ: كذا نقله الشيخ في نوادره، ومثله قول الباجي: لا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلاعن أو أكذب نفسه قبل تمام لعانها لم تثبت بينهما فرقة، ونص عليه مالك.

وفي الموازيَّة لابن القاسم: لو قالت له وقد بقي أقل لعانه: عفوت عنك فلا تلتعن فترك لم يحد ويلحقه الولد، ولو لم تعف عنه ولكن أقرت، ثم رجعت واعتذرت بما

تعذر به لم يحد واحد منهما، ولحقه الولد إلا أن يحب أن يلاعن وينفيه كحاله في الأمة والنصرانية إلا أن هذا إن التعن فلتلتعن وإلا رجمت.

الباجي: وتقع الفرقة بغير حكم ولا تطليق.

عياض: اختار ابن لبابة أن لا تقع الفرقة إلا بحكم.

المتيطي عن بعض الموثقين: لا يتم الفراق بينهما على قول ابن القاسم إلا بحكم القاضي.

اللخمي عن محمد ابن أبي صفرة: لا يرفع اللعان العصمة لقول عويمر: كذبت عليها يا رسول إن أمسكتها فأحدث طلاقا قطع به العصمة.

ابن زرقون: قال ابن القصار: تأثيره في العصمة فسخ، وقيل: طلاق.

قُلتُ: الأول نقل ابن الجلاب عن المذهب: وعلى الثاني ثبوت نصف المهر قبل البناء حسبما مر.

ابن زرقون: وعلى أنه طلاق حكى ابن شعبان عن ابن أبي سلمة أنه طلاق البتات تحل له بعد زوج إن أكذب نفسه ونحى إليه أشهب، وقاله ابنه عبد الملك في الثمانية.

قُلتُ: وقال عياض عن ابن لبابة: إن أبى أن يطلق هو ثلاثا طلق عليه الإمام، ولم يمنعه من مراجعتها بعد زوج وإقراره بكذبه لا يحلها، ولو انفش حملها لما مر.

وفي تهذيب عبد الحق ما حاصله: لو نكلت عن اللعان ففي قبول رجوعها إليه قولا أبي علي بن خلدون مع أبي بكر بن عبد الرحمن محتجا بالقياس على قبول رجوعها عن إقرارها بالزنا، وأبي عمران مع ابن الكاتب محتجًا بالقياس على عدم قبول رجوع من سلم إعذار بينة عليه بحق عنه؛ لأن لعان الزوج كبينة عليها، ولعانها قدح فيها، وعلى عدم قبول رجوع من نكل عن يمين إلى حلفها، ورد قياس أبي بكر الأول بالفرق بأن الحق في الزنا لله فقط، واللعان فيه حق للزوج، وهو بقاء عصمته إن كانت أمة أو غير محصنة، وبأن الإقرار بالزنا إقرار بما لم يثبت إلا به، وفي اللعان إقرار بما ثبت بزائد عليه وهو أيمان الزوج، هذا حاصل استدلاله في نحو سبعة أوراق.

وقال الباجي: عندي أن في الموازيَّة عن ابن القاسم مثل قول ابن عبد الرحمن ولسَحنون في العتبيَّة مثل قول ابن الكاتب، وعزا عبد الحميد الصائغ قول ابن عبد

الرحمن لأبي محمد اللوبي وغيره، وقال: ما قاله ابن الكاتب له وجه لتعلق حق الزوج لكن لعله أراد أنها لا ترجع إلى اللعان بمعنى أنها تبقى زوجة على القول إنما تقع الفرقة بلعانهما معًا؛ إذ يتعلق بنكولها ورجوعها حق لله، وحق للزوج كمن أقر بسرقة مال رجل يجب به قطعه، ثم رجع فيسقط حق الله في قطعه لا حق الآدمي في المال.

وقول الصقلي: وإن كان اختلف في رجوع الزوج إلى لعانه إذا أنكر دعواها أنه قذفها فأقامت بذلك بينة فكذلك يجري الاختلاف في المرأة، يقتضي أن الرجل إذا نكل ثم رجع إلى اللعان أنه يختلف فيه كالمرأة.

وقال المتيطي: قال بعض الشيوخ: انظر هل يدخل هذا الاختلاف في الزوج إذا نكل عن اللعان ثم رجع.

قيل: يدخل والصحيح أنه لا يدخل؛ لأن نكول المرأة كإقرار بالزنا فصح الرجوع عنه، ونكول الرجل كإقرار بالقذف، ولا يصح الرجوع عنه.

قُلتُ: لم يحك ابن شاس في الرجل إلا قبول رجوعه.

[باب في التوأمين]

التوأمان: ما ليس بين وضعهما ستة أشهر[1] في كونهما شقيقين أو لأم قولان، لسماع ابن القاسم وابن رُشْد عن ابن دينار مع المغيرة.

فيها لابن القاسم: إن أقر بأحدهما ونفى الآخر حد ولحقا به.

وفيها: إن وضعت الثاني لستة أشهر فهما بطنان إن أقر بالأول ونفى الثاني، وقال: لم أطأها بعد وضع الأول لاعن للثاني، وإن قال: لم أجامعها بعد الأول والثاني مني

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما ليس) معناه أخوان ليس بين وضعهما ستة أشهر أخرج بذلك إذا كان بينهما ستة أشهر، فإنهما ليسا بتوأمين بل هما بطنان، ومن لازم ذلك إذا نفى أحدهما وأثبت الآخر أو أقر بالأول ونفى الثاني، فإنه يلاعن للثاني في الصورة الثانية، وتأمل ما في المسألة من البحث في كلامه.

(فإن قلت): هل هما أخوان أعني التوأمين شقيقان.

(قُلتُ) في سماع ابن القاسم أنهما شقيقان ونقل عن المغيرة وابن دينار أنهما لأم والله أعلم.

لزمه لفراشه ويسأل النساء، فإن قلن: يتأخر الحمل هكذا لم يحد، وإن قلن: لا يتأخر حد ولحق به، بخلاف من لم يبن بزوجته حتى أتت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها فأقر به، وقال: لم أطأها منذ تزوجتها لحق به وحد.

قُلتُ: إنما لم يحد إذا قلن يتأخر لعدم نفيه إياه بقوله: لم أطأها بعد وضع الأول لجواز كونه بالوطء الذي كان عنه الأول عملا بقولهن يتأخر، وحد إذا قلن لا يتأخر لنفيه إياه بقوله لم أطأها بعد وضع الأول منضما لقولهن لا يتأخر، فامتنع كونه عن الوطء الذي كان عنه الأول مع قوله لم أطأها بعده، وإقرار به مع ذلك، فآل أمره لنفيه وإقراره به فوجب لحوقه به وحده، وانظر لو شك النساء في تأخره كذا وعدمه، والأظهر أنه لا يحد، واقتصار ابن الحاجب على قوله: إن قلن يتأخر لم يحد، يقتضي أنهن إن شككن حد، ولفظها بخلاف ذلك لتعارض مفهومي شرطيها فتأمله.

وقال ابن عبد السلام ما نصه بعد قوله: قوله: إلا أنه قال يعني مالكًا. قال: إذا أقر بالثاني يعني بعد أن نفى الأول ولاعن فيه، وزاد مع إقراره بالثاني أنه يسأل النساء، فإن قلن أنه يتأخر هكذا لم يحد، فأشار المؤلف بصيغة الاستثناء إلى إشكال هذا الموضع، وهو كذلك؛ لأنه إذا كان يتأخر كان كما لو ولدًا في وقت واحد أو كان بينهما أقل من ستة أشهر، وقد قال في هاتين الصورتين: إن أقر بأحدهما ونفى الآخر حد ولحقا به، فكذا ينبغي الحكم فيما شاركهما في المعنى.

قُلتُ: من تأمل وأنصف علم أن مقتضى كلامه أن قول مالك عنده أنه إذا قلن يتأخر أنه يحد ولذا استشكله، وهذا منه وهم؛ لأن نص مالك في المَدَوَّنة، وفيما نقله ابن الحاجب أنه لا يحد وقد تقدم توجيهه، هذا إن حملنا كلامه على مسألة المَدَوَّنة على ما هي عليه دون تحريف، وأعرضنا عن ظاهر قوله بعد أن نفى الأول، ولاعن فيه لوضوح العلم بأنه إنما تكلم على مسألة المَدَوَّنة كما دل عليه تفسيره.

قال في لفظ ابن الحاجب: مالك، وهذا القول لمالك بسؤال النساء إنما هو في مسألة المَدَوَّنة وغيره من كلامه بما يطول جلبه، وإن لم يعرض عنه انصرف توهيمه لذكر مسألة المَدَوَّنة بنقيض ما هي عليه مع وضوحها وشهرتها، ومن يزعم أنه إنما تكلم على مسألة أخرى غير مفسر بها كلام ابن الحاجب فلا يخفى على منصف عدم

صوابه، وتعسفه تعسفا يفتح باب الإلحاد؛ لأنه حينئذ صرف اللفظ عن ظاهره الجلي لا لدليل ولا عصمة من قاله من الوهم، وقد يكون موجب ما قاله ابن عبد السلام اعتقاده أن لا موجب لما زعمه من استشكال ابن الحاجب غير ما ذكره، وليس كذلك لإمكان تقرير استشكاله بأن يقال قوله في المَدَوَّنة في وضعها الثاني لستة أشهر هما بطنان إن أقر بالأول ونفى الثاني، وقال لم أطأها بعد وضع الأول لاعن للثاني، ولم يقل يسأل النساء هنا ولقوله في الثانية يسألن؛ لأن وضع الثاني للستة إن لم يستقل في دلالته مع قوله: لم أطأها بعد وضع الأول على قطعه عن الأول دون سؤالهن كما في الأولى لزم في الثانية فيحد، وإلا سئلن في الأولى، فإن قلن يتأخر حد، كما لو وضعتهما لأقل من ستة أشهر، ويجاب باستقلاله حيث لا يعارض أصلا، ولا يستقل حيث يعارضه، وهو في الثانية يعارض أصل درء الحد بالشبهة بخلاف الأولى، وقولها: (بخلاف من لم يبن إلخ..) معناه أنه في هذه يحد من غير سؤال النساء عن التأخر، ووجهه واضح إذ لم يتقدم للزوج فيها وطء بحيث يحتمل كون الولد الذي أقر به منه فاتضح منه في الولد نفيه وإقراره به، ومسألة الولدين تقدم من الزوج وطء هو الذي كان عنه الأول فعرض احتمال كون الولد الثاني منه إن صح تأخر الوضع ستة أشهر، فلم يكن قوله ما وطئتها بعد وضع الأول نفيا له فيحد بإقراره به.

وقول ابن عبد السلام: يصعب أيضًا وجه المخالفة بين هذا الفرع والذي قبله، ألا ترى أن هذا وإن حقق نفي الولد فالأول يشاركه في ذلك إذا قال: النساء يتأخر عن الولد الذي لاعن فيه مع أنه ألزمه له وحده وهما من حمل واحد.

قُلتُ: قوله: (يصعب وجه المخالفة) يرد بما قررناه من وضوح وجه المخالفة، وقوله: (فالأول شاركه) إلى قوله: (لاعن فيه) نص في أن مسألة المَدَوَّنة عنده أنه نفى الأول، ولاعن فيه لا أن نفيه بلعانه مسألة أتى بها من عند نفسه، وهو وهم حسبما مر، وقوله: (مع أنه ألزمه له وحده وهما من حمل واحد) غلط واضح؛ لأنه نص فيها أنهما إذا كانا من حمل واحد يقول النساء يتأخر أنه لا يحد ويلحقاه معا به، والعجب أنه ذكر لفظ التهذيب على نحو ما قلناه، وجزم بنقيضه جزما بنى عليه استشكاله قول مالك فتأمل هذا، واستحضر قوله تعالى: ﴿وَقُلِ ٱلْحَقُّ مِن رَّبِّكُمْ﴾ [الكهف: 29].

[باب دليل براءة الرحم]

دليل براءة الرحم عدة واستبراء:

العدة: مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه.

فتدخل مدة منع من طلق رابعة نكاح غيرها، إن قيل: هو له عدة، وإن أريد إخراجه قيل مدة منع المرأة إلى آخره.

وفي بعض مسائل استبرائها إطلاق لفظه عليها مجازًا.

وفيها التصريح بأن مدة منعه للفسخ عدة، فقولها: إن علم بعد وفاته فساد نكاحه وأنه لا يقر بحال، فلا إحداد عليها ولا عدة، وعليها ثلاث حيض استبراء.

معناه: لا عدة وفاة وأطلق الاستبراء على عدة الفسخ مجازًا؛ لأنه خير من الاشتراك(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (مدة منع) أتى بالجنس مدة منع النكاح؛ لأنه المناسب للعدة؛ لأنها زمان يناسب ذلك والله تعالى أمر بالعدة لقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]؛ أي: مستقبلات لعدتهن فالعدة سماها الشرع لتلك المدة ونهى عن التزويج فيها بقوله: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: 235]، ولذا قال: مدة منع النكاح، وذلك أعم من مدة المحرمة أو المحرم أو المرض المخوف، وقوله المراد به عقد النكاح، ثم قال (لفسخه) أخرج به ما ذكرنا، وبعض صور الاستبراء.

(فإن قلت): أطلق الشيخ: في قوله لفسخه فظاهره أن النكاح الفاسد إذا فسخ فيه العدة مطلقًا، ولو كان مجمعا على فساده.

(قُلتُ): كذلك وقع في إطلاق ابن الحاجب، وقال شارحه هو مذهب المدَوَّنة؛ لأنه قال فيها، وما فسخ من نكاح فاسد أو ذات محرم فالعدة في ذلك كله كالعدة في الصحيح، ونقل الشيخ عن اللخمي أنه إن كان مجمعًا على فساده فثلاث حيض، وقيل: وإن كان مختلفًا فيه فثلاث، وعندي أن ذلك كله إذا لم يكن عالمًا بالتحريم المجمع عليه، فإنه ليس بنكاح والرسم يدل عليه؛ لأنه لا نكاح فيفسخ والله أعلم قوله: (أو موت الزوج أو طلاقه) هذه أسباب العدة وأخرج بها بقية الاستبراء والضمير العائد على النكاح فيه نوع من الاستخدام وقول الشيخ رحمه الله فتدخل مدة منع الزوج إلخ أشار بذلك لمسألة اختلف الناس فيها، وهي هل العدة من عوارض المرأة أو تعرض للرجل العدة شرعا كما إذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة طلاقا رجعيا فلا يجوز له أن يتزوج امرأة مدة عدة المطلقة؛ لأنها في العصمة فيصدق على زمن منع الزوج من النكاح عدة لصدق الحد فيه، ثم قال: وإن أريد

اللخمي: إن أجمع على فساده اعتدت ثلاث حيض، وقيل: حيضة استبراء، وإن اختلف فيه اعتدت ثلاث حيض، وليست على مطلقة قبل البناء، فإن ادعته لزمتها ولا رجعة، ودعواه فيها لغو، وفي أمهات الأولاد منها مع غيرها: ظهور حمل يمكن منه كالبناء في العدة والرجعة ولو بعد موته.

[باب فيما تجب فيه العدة]

وفيها: تجب بخلوتها، ولو بأي زيارة تحتمل الوطء، ولو أنكراه.

وللخمي في لزوم العدة في خلوة الزيارة إن اتفقا على نفي المسيس أو ادعاه الزوج فقط، ثالثها: يستحب إن تزوجت دونها لم يفسخ إن اتفقا، وإن ادعاه الزوج وجبت.

إخراجه. قيل: مدة منع المرأة النكاح إلخ وهو ظاهر.

(فإن قلت): جرت عادة الشيخ مرارًا في مثل هذا إذا كان في أصل المسألة خلاف أن يقول بعد حده على رأي، وعلى رأي آخر يقال منع الزوج إلخ، وذلك أخصر كما وقع له في صلاة الجمعة.

(قُلتُ): الجواب بأن القول في مسائل المذهب بأن ذلك عدة ضعيف فضعف عنده القول فلذا عين ما هنا، وفيه بحث بما ضعف به ما تقدم في الرجعة والله أعلم.

ومعنى ما أشار إليه من مسائل استبراء المدَوَّنة واحتاج إليه كأنه أشار إلى أن في المدَوَّنة إطلاق العدة على الاستبراء، والشيخ أخرج الاستبراء من حد العدة، وأنها لا تطلق عليه فكأنه قيل له أطلق في المدَوَّنة على الاستبراء عدة والأصل الحقيقة.

فأجاب بأن ذلك مجاز، وكذلك ما أشار إليه من التصريح في المدَوَّنة بأن مدة المنع لأجل فسخ النكاح أطلق عليها عدة ذلك صحيح، ولا يعارضه ما وقع.

فيها في موضع آخر من إطلاق الاستبراء على ذلك قال أيضًا: فإن ذلك مجاز، فإنه أولى من الاشتراك ومقصده من ذلك أن العدة زمنها لا يطلق عليه استبراء، وزمن الاستبراء لا يطلق عليه عدة إلا مجازًا، وهو نوع من الاعتراض على ابن الحاجب، ومن تبعه حيث قال العدد، وجمع ذلك وأدخل فيه الاستبراء؛ لأن ذلك أخذوه من إطلاقات المدَوَّنة فليس فيها دليل، وقد قدمنا في رسم اليمين ما أشار إليه من الاستدلال وأشكل علي الجواب عن الشيخ بما ذكر هنا مع هناك والله الموفق، ومما ينظر في امرأة المفقود إذا ضرب لها أجلها وفرغ الأجل، فإنها تعتد والمدة عدة بنفسها فكيف تدخل هذه الصورة في حده: إلا أن يقال إنها تدخل في قوله لموته ويعني إما حقيقة أو تقديرًا ويرد على حد العدة أم الولد بعد موت سيدها، فإنها عدة على المشهور، وقيل استبراء، وقد شهر الشيخ أنها عدة فهي خارجة عن حده فهو غير جامع.

لابن القاسم مع مالك والأخوين واختياره. قال: إلا أن تكون بكرًا، وترضى بنظرها النساء فتوجد بكرًا فلا عدة عليها.

[باب فيما تسقط به العدة]

وتسقط بإنكارها نفقتها وسكناها وكمال المهر إن كانت رشيدة، وفي غيرها خلاف تقدم، وبإنكاره رجعتها.

وفيها: إن تصادقا على نفي المسيس في فاسد النكاح، فلا مهر ولا نفقة، وتعاض من تلذذه إن كان تلذذ بها، وقيل: لا تعاض، عزا بعضهم قول الغير لسَحنون وتقدم نحوه في العنين.

قال ابن عبد السلام: وهذا ظاهر ما في إرخاء الستور.

قُلتُ: إنما قاله في إرخاء الستور في النكاح الصحيح، وهو قوله: من دخل بامرأته، وقال: لم أمسها وصدقته، فلها نصف المهر، وكذا إن تصادقا أنه قبل أو جرد أو وطئ دون الفرج إلا أن يطول مكثه معها.

قال مالك: فأرى لها جميع المهر، وقال ناس: لها نصف المهر.

قُلتُ: فإن أشار إلى مفهوم قوله: إلا أن يطول ففيه نظر؛ لأنه لا يلزم من لغو تلذذه بها في النكاح الصحيح لغوه في الفاسد؛ لأنها تأخذ في الصحيح نصف المهر ولا تأخذه في الفاسد.

وفيها: إن كان الصبي لا يولد لمثله ويقوى على الوطء فظهر بامرأته حمل لم يلحقه وحدت، وإن مات الصبي لم تنقض عدتها لوفاته بوضعه؛ لأن الحمل الذي تنقضي به العدة ما لحق بأبيه إلا الملاعنة تحل بوضعها، وإن لم يلحق بالزوج وللخمي فيه إلزام.

والممسوح ذكره وأنثياه مثله، وفي العدة من مقطوع الأنثيين قائم الذكر قولان؛ لنقل اللخمي وابن حبيب، وصوبه وألزم الأول في الصبي القادر على الوطء.

قُلتُ: الأول قول ابن شعبان في زاهيه وفي الواضحة: إن بقي منه يسرى أنثييه وبعض عسيبه لحقه الولد إلا أن ينفيه بلعان، ومعنى ما نقل عن ابن دينار: أن الولد لاحق بالخصي كيفما كان ليس على عمومه، وإنما هو إذا كان يتأتى منه الإنزال حين تمتعه

بزوجته، وهو الذي يجب اعتباره لما تقدم في اللعان: من أقر بالوطء دون الفرج مع الإنزال لحقه الولد.

وفي نكاحها الأول: قيل: إن كان مجبوب الذكر قائم الخصى. قال: إن كان يولد لمثله فعليها العدة، ويسأل عن ذلك، فإن كان يولد لمثله، لزمه الولد وإلا فلا.

واختصارها أبو سعيد بلفظها لعدم استقلال جوابه، وإجمال لفظه في عدم بيان المسئول، وعدم جوابه باعتبار الإنزال حسبما دل عليه آخر استبرائها.

وفيها: لا يلزم الخصي ولد إن أتت به امرأته، إلا أن يعلم أنه يولد لمثله، وفيها أيضًا: وتعتد امرأة الخصي في الطلاق.

قال أشهب: لأنه يصيب ببقية ذكره، ويتحصنان بذلك، وإن كان المجبوب لا يمس امرأته فلا عدة عليها من طلاق.

قُلتُ: ظاهره ولو أنزل.

عياض: الخصي إن كان قائم الذكر أو بعضه، وهو مقطوع الأنثيين أو باقيهما أو إحداهما أو اليسرى عند ابن حبيب، فهو الذي قال فيها: يسأل أهل المعرفة؛ لأنه يشكل إذا قطع بعض ذكره دون أنثييه أو أنثياه أو إحداهما دون الذكر، هل ينسل وينزل أم لا؟

وفيها: ليس على من لا يوطأ مثلها عدة طلاق.

وفيها قبلها: عدة من فيها بقية رق في الطلاق، وهي ممن لا تحيض لصغر، ومثلها يوطأ وبنا بها زوجها ثلاثة أشهر.

وفي المقدمات: قال ابن لبابة: الصغيرة التي ليست في سن من تحيض ويؤمن منها الحمل. لا عدة عليها، وهو شاذ.

قُلتُ: قال اللخمي: رواية ابن عبد الحكم في الأمة تطيق الوطء، ولا تحمل غالبًا كبنت تسع وعشر لا يجب استبراؤها، خلاف رواية ابن القاسم فيها: وجوب الاستبراء، وظاهر ترجيح اللخمي هذه الرواية بقوله قياسًا على الحرة المعتدة: أن الحرة لا خلاف فيها.

ونقل الصقلي عن ابن حبيب وجماعة من التابعين مثل رواية ابن عبد الحكم.

وقول ابن هارون: رواية ابن عبد الحكم أشبه لقولهم في الصغير الذي لا يولد له:

لا تعتد زوجته ولو أطاق الوطء؛ يرد بأن الصبي لا ماء له قطعا فلا يولد له قطعا، ونفي الولد عن الصغيرة المطيقة للوطء لا ينهض للقطع، فجاء الاحتياط.

قال اللخمي: وذكر بعض أهل العلم أنه رأى جدة بنت إحدى وعشرين سنة، وعرفت أن في بلاد مكة مثل ذلك كثير كاليمن.

اللخمي: عدة طلاق الفاسد المختلف فيه ثلاث حيض، وفي كون المجمع عليه كذلك، واستبراؤها بحيضة قولان.

الشيخ في الموازيَّة: عدة النكاح الفاسد، ولو في الأمة كالصحيح في غير الوفاة ومثله فيها.

وبراءة الحرة من وطء زنا أو غلط أو غيبة غصب أو سبي أو ملك ارتفع باستحقاق ثلاث حيض استبراء لا عدة، وفي استبرائها لا تصدق المسبية في عدم وطئها؛ لأنها حيزت بمعنى الملك، ومنع التلذذ بالزوجة في استبرائها من غصب في الاستبراء.

وتخريج ابن عبد السلام استحبابه في المغصوبة من قولها: في الأمة المغصوبة يستحب، يرد بأنه مشكل مؤول وبأن الحرة أقوى؛ ولذا كان فيها ثلاث حيض، ووهم اللؤلؤي في جعله فيها حيضة، فنبهه ابن زَرْب فرجع، وكون البراءة خوف اختلاط الأنساب يسقطها في اتحاد الواطئ بسبب صحيح كمتزوج من بانت منه في عدتها وشراء الزوج زوجته في صحيح النكاح والفاسد.

قال عياض لابن القاسم في الواضحة: إن كان ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها إلا بعد الاستبراء، ومثله فيها ولمالك: وإن كان لأحد إجازته من ولي أو سلطان فله أن يتزوجها في عدتها منه.

وعند محمد في المملكة توطأ قبل العلم، عليها الاستبراء، واستشكل لزوم الاستبراء مع وجوب لحوق الولد، وأجيب بإفادته نفي تعريض من قال لذي نسب منه: يا ابن الماء الفاسد.

وفيها: من تزوجت بغير ولي ففرق السلطان بينهما فطلبت زواجه مكانها زوجها السلطان منه، وإن كره الولي.

قال سَحنون: هذا إن لم يكن دخل بها.

عياض: هذه روايتي عن ابن عيسى بذكر اسم سَحنون، ويسقط من رواية أبي عمران، وقال: الكلام لسَحنون.

أبو محمد: يريد: لو دخل لم ينكح إلا بعد ثلاث حيض.

أبو عمران: هذا أصل سَحنون لقوله في العبد يتزوج بغير إذن سيده أن زوجته تستبرأ بعد إجازة سيده، وكذا كل عقد فاسد أجيز بخلاف ما فسد لصداقه وفات بالبناء، لا استبراء فيه، وكذا كل وطء فاسد في نكاح صحيح كوطء الحائض والمعتكفة، وقاله ابن الماجِشُون، فيجب الاستبراء من وطء بعقد فاسد اتفاقًا، ويختلف فيه أمضى أو فسخ فيه قولا سَحنون مع ابن الماجِشُون، وابن القاسم مع مالك، وفاسد الوطء بعقد صحيح لغو.

وفي وطء المملكة قبل إعلامها نظر، وفي الموازيَّة: وجوب استبرائها.

قُلتُ: عزوه لابن القاسم ومالك، عدم الاستبراء خلاف قولها في النكاح الأول.

فيها: من فسخ نكاح أمته بغير إذنه بعد البناء لم يجز لزوجها أن يتزوجها في عدتها منه.

ابن القاسم: وإن اشتراها لم يطأها في عدتها منه، ونحوه في إرخاء الستور.

وفيها: لزوم ذات الرق العدة كالحرة واستبراؤها في الزنا والاشتباه حيضة ولزومها الكتابية لطلاقها مسلمٌ أو موته كمسلمة، ولا يتزوجها مسلم لطلاقها ذميٌّ أو موته إلا بعد ثلاث حيض استبراء، وبأحدهما قبل البناء له نكاحها مكانه.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: نكاح مسلم نصرانية بعد حيضة من طلاقها نصرانيٌّ لا يفسخ ولو لم يبن؛ لقول مالك قديما: يجزئها حيضة.

ابن رُشْد: قوله: (قديما) يدل على رجوعه لما فيها لا يجزئها إلا ثلاث حيض، وعليه يفسخ نكاحه إياها قبلها وهو قول ابن وَهْب، ويدخل هذا الخلاف في النصرانية يطلقها مسلم؛ لأنه بنى على أن الكفار مخاطبون أم لا، فالثلاث على أنهم مخاطبون، وعلى عدمه تكفي حيضة، على القول أن الحيضة الواحدة هي الاستبراء والاثنتان عبادة، وكذا المجوسية إذا أسلم زوجها ولم تسلم.

لأبي زيد عن ابن القاسم في الموازيَّة: استبراؤها حيضة.

وقال ابن ميسر: ثلاث؛ لأنها عدة من مسلم، ففي كون عدة الكتابية من وفاة زوجها المسلم أربعة أشهر وعشرًا أو ثلاث حيض، ثالثها: حيضة لقولي مالك بخطاب الكفار وعدم خطابهم مع أن كل الثلاث استبراء، وللتخريج على أنهم غير مخاطبين، وأن الاستبراء بواحدة والزائد تعبد.

[باب فيما تثبت به عدة الوفاة]

ولا يجب عليها في الوفاة قبل البناء عدة على أنهم غير مخاطبين. ورواه ابن الجلاب.

الشيخ عن الموازيَّة لأشهب: إن أسلمت تحت نصراني فمات في عدتها إنما عليها تمام ثلاث حيض من يوم أسلمت، ولو أسلم فيها ثم مات انتقلت لعدة الوفاة من يوم موته، ولو أسلم دونها فعليها ما على المسلمة إن كانت كتابية وإلا عرض عليها الإسلام، فإن أبت جبرت على ثلاث حيض، وإن لم يعرض عليها حتى مات فقيل: عليها أربعة أشهر وعشر ونصفها إن كانت أمة، وقيل: ثلاث حيض؛ لأنه كان بريئا من عصمتها(1).

والمعتدات ست:

الأولى معتاد حيضها في كل شهر دون دم غيره، ولو اختلف قدره ثلاثة قروء للحرة وقرآن لغيرها، والمنصوص القرء الطهر، واستقراء اللخمي من إطلاقه في المذهب على الحيض أنه الحيض، ورجحه ورده ابن بشير بأنه مجاز.

وفيها: طهر الطلاق قرء ولو في آخر ساعة منه، وفي انقضائها بأول آخر دمها اضطراب، سمع القرينان للمعتدة إذا حاضت الحيضة الثالثة قبل طهرها، ولكن لا تعجل حتى تقيم أياما فتعلم أنها حيضة.

ابن رُشْد: قوله: (ولكن لا تعجل) على الاستحباب وإلا تناقض.

---

(1) قال الرَّصاع: قال ما معناه في نكاح صحيح للحرة المسلمة ولو قبل البناء أو صغيرة وفيه ما ينظر.

وقول أشهب فيها: غير أني أستحب ألا تعجل حتى تعلم أنها حيضة مستقيمة بتماديها.

يأتي على سماعه هذا.

وعلى أن لأقل دم الحيض والاستبراء حدا في كونه ثلاثة أيام أو خمسة قولا ابن مسلمة وابن الماجِشُون.

إنما قلناه: أنه يأتي على أن لأقله حدا لقوله: إن انقطع وجب رجوع المرأة لبيتها ولزوجها رجعتها؛ لأن ما تراه من الدم حيض في الظاهر يوجب نقلها من مسكن الزوج ويبيح تزويجها على كراهة ويمنع ارتجاع زوجها إياها، فإن انقطع الدم ولم يعد عن قرب وكانت تزوجت فسخ نكاحها، وصحت رجعة زوجها إن كان ارتجعها، وله رجعتها إن لم يكن ارتجعها، وإن رجع عن قرب تم نكاحها وبطلت رجعتها لإضافة الدم الثاني للأول وما بينهما من طهر لغو.

وعلى قول ابن القاسم فيها: لا حد له والدفعة حيض يعتد بها في الطلاق والاستبراء وهو روايته.

فيها: إذا دخلت الأمة المبيعة في الدم بأول ما تدخل للمشتري، ومصيبتها منه يجوز للمرأة أن تتزوج بأول ما تراه من الدم، ولا معنى لاستحباب التأخير؛ لأن الدم إن انقطع، فإن عاد عن قرب فهو من الأول فكان كدوامه، وإن عاد عن بعد فالأول حيض مستقل.

وسَحنون يوجب عليها ألا تتزوج حتى تقيم في الدم إقامة يعلم أنها حيضة واحتج برواية ابن وَهْب: لا تبين مطلقة ولا تحل أمة مستبرأة ولا يضمنها مبتاعها بأول الدم حتى يتمادى ويعلم أنها حيضة مستقيمة.

وقال ابن القاسم في استبرائها: إن رأت الدم يوما أو بعض يوم ثم انقطع؛ يريد: ولم يعد حتى مضى ما يكون طهرًا، يسأل النساء إن قلن أنه يكون هذا حيضًا كان استبراء وإلا فلا.

وعليه إن قلن: لا يكون حيضًا يكون حكمه على ما سمعه أشهب، وعلى فصل هذا الدم مما قبله وبعده وعدم اعتباره عدة لقلته في عدم قضاء صلاة أيامه، ووجوبه

قولان لظاهر المذهب، وقول سَحنون؛ وهو شذوذ.

المتيطي عن ابن سعدون: روى ابن وَهْب: لا تحل مطلقة إلا بانقضاء دم الحيضة الثالثة كقول أهل العراق.

قال بعض الفقهاء: وعليه فالأقراء الحيض، وفي إرخاء الستور منها: إذا رأت أول قطرة من الحيضة الثالثة تم قرؤها وحلت للأزواج.

أشهب: أستحب أن لا تعجل حتى يتمادى دمها.

عياض: كل المسألة من أولها عندي لأشهب أولها، وقال غيره: وساقها إلى قوله. قال أشهب: وعليه اختصرها ابن أبي زَمَنَيْن وغيره، واختصرها الشيخ وغيره من القرويين على أنها لابن القاسم، وحمل أكثر الشيوخ قول أشهب على التفسير.

قال بعضهم: هو خلاف، وهو قول سَحنون، وذكر ما تقدم لابن رُشْد وزاد في حد أقل الحيض رواية الخطابي: أنه يوم.

وقال جمهور الشيوخ برواية ابن وَهْب: لا تبين حتى تعلم أنها حيضة مستقيمة.

واختلفوا إن راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم، ثم رجع عن قرب.

قيل: رجعته باطلة وهو الصحيح، وقيل: لا تبطل.

وأما قول شيخنا: وتقضي ما تركت فيه من الصلاة ففيه نظر، ولا يوافق عليه.

قُلتُ: هذا يقتضي أن ابن رُشْد يقول بالقضاء وليس كذلك، إنما نقله عن سَحنون وضعفه حسبما مر.

اللخمي: وعلى رواية ابن وَهْب: إن ماتت أول دم الثالثة قبل أن يعلم أنها حيضة صحيحة ورثها، وجعل قول ابن القاسم خلاف قول أشهب. قال: وعليهما إن ماتت قبل تمادي دمها حمل على التمادي ولم يرثها، وإن مات الزوج لم ترثه إن تمادى، وإن قالت قبل موته باليوم والشيء القريب: كان انقطع الدم عني ومات بإثر قولها ورثته.

ابن الحاجب: ولا يقبل قولها بعد التزويج ولا قبله في ثبوت الرجعة، ففسروه بما إذا قالت: رأيت أول دم الأخيرة، فتزوجت قبل أمد تماديه أو لم تتزوج، ثم قالت: انقطع لم تصدق لتهمتها على فسخ نكاح من تزوجها، ورجعت للأول دون عقد نكاح. زاد ابن هارون: إلا أن يشهد النساء بذلك.

قُلتُ: مسائل الرجعة فيها مع غيرها دالة على قبول قولها في حال عدتها ما لم يقم دليل على كذبها، ولم يناقض ما صدر منها قبله من قول أو سكوت، ومقتضاه قبول قولها: انقطع الدم عني، إن قالت قبل تزويجها: رأيت أول الدم فقط، وكذا في الرجعة، وهو ظاهر قول أشهب فيها، ونصه: قال أشهب: أستحب أن لا تعجل بالتزويج حتى يتبين أن الدم الذي رأت في آخر الحيض دم حيضها بتماديها فيها؛ لأنه ربما رأت المرأة الدم الساعة والساعتين أو اليوم ثم ينقطع عنا فيعلم أن ذلك ليس بحيض.

فإن رأت المرأة هذا في الحيضة الثالثة: فإن لزوجها عليها الرجعة وعليها الرجوع إلى بيتها الذي طلقت فيه حتى تعود إليها حيضة مستقيمة.

قُلتُ: قوله: فإن رأت المرأة هذا فإن لزوجها عليها الرجعة، نص في قبول قولها في ذلك بعد انتقالها من بيتها لرؤيتها دم الحيضة الثالثة، وهو ظاهر كلام ابن رُشْد واللخمي في المسألة.

ونص نقل عبد الحق: قال عن بعض شيوخه من القرويين على قول أشهب: إن نكحت ثم قالت: انقطع الحيض عني صدقت وفسخ النكاح، ولا تتهم في فسخ نكاحه؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهتها.

وقول أشهب: ترجع لبيتها ولزوجها عليها الرجعة يبين ما قلناه؛ لأنه لم يتهمها في رجعة الزوج ووجوب السكنى والنفقة، فكذا لا تتهم فيما وصفنا، سواء قالت: رأيت أول الحيضة الثالثة، ولا أدري هل يدوم ذلك أم لا؟ أو لم تقل ذلك؛ لأن هذا معلوم من المرأة أنه قد ينقطع عنها، ولو قالت: انقضت عدتي بهذا اللفظ ثم تزوجت، ثم قالت: ظننت استمرار الحيضة، اتهمت، ولم تصدق.

وقال المتيطي: إن سقط من عقد الثيب أنها خلو من الزوج، وفي غير عدة منه.

وقال ابن عتاب وغيره: إن لم يمض لها من يوم خليت ما يبين فيه حملها فسخ نكاحها.

وقال ابن القطان: لا يقبل قولها في ذلك إذ لعلها ندمت.

ولأبي محمد بن أبي زيد: من تزوجت، ثم قالت: ظننت أن عدتي بالشهور دون الحيض، وهي ممن يجهل ذلك أو يكون أمد الطلاق قريبًا، عمل على قولها إلا أن تتهم.

وتقدم إلغاء ما طلقت فيه من دم حيض أو نفاس فتحل بالرابعة من ذلك، ففي كون أقل حيض العدة وجود مطلق مسمى الحيض كالطهارة أو يوما أو ثلاثة، رابعها: خمسة، وخامسها: يسأل النساء، لابن رُشْد عن رواية ابن القاسم، ورواية الخطابي وابن مسلمة وابن الماجِشُون، وقولها في كتاب الاستبراء: وإن رأته بعد أيام كثيرة يكون لها هذا حيضًا مؤتنفًا، فرأته يوما أو بعض يوم أو يومين ثم انقطع، فإن قال النساء مثل ذلك حيضة أجزأتها وإلا لم يكن استبراء وإن لم تصل فيها.

المازري: مشهور قول مالك نفي التحديد وإسناد الحكم لما يقوله النساء أنه حيض، وعزا ابن شاس لسَحنون مثل قول ابن الماجِشُون، وهو مقتضى نقل الصقلي عن سَحنون: أن أقل أيام عدة ذات الأقراء أربعون يومًا؛ لأن المنقول عن سَحنون أن أقل الطهر ثمانية أيام، فإذا ضم إلى أقل الحيض وهو خمسة أيام كان مجموع القرء ثلاثة عشر يوما، فعدد ثلاثة منه تسعة وثلاثون يومًا، ويوم إعلامها بذلك وقيامها به يكملها أربعين يومًا.

وقال ابن عبد السلام: إنما حكاه غير ابن الحاجب عن سَحنون استقراء من قوله، وهو ظاهر، وذلك يقدر أن الطلاق وقع في آخر لحظة من الطهر، فهذا قرء ثم حاضت بعده خمسة أيام ثم طهرت أقل الطهر خمسة عشر يومًا، ثم حاضت خمسة أيام فهذان قرءان وذلك خمسة وعشرون يومًا، ثم طهرت خمسة عشر يومًا، ثم دخلت في أول الدم الثالث، فذلك أربعون يومًا، وهذا الاستنباط إنما يتم إذا علم أنه ليس، ثم من يقول: أن أقل الحيض في هذا الباب لا يزيد على خمسة أيام، وإلا فالمانع أن يقال: لعل مذهب سَحنون أن أقل الحيض في هذا الباب عشرة أيام، وأقل الطهر عشرة أيام إلى غير ذلك من الاحتمالات التي لا تخفى.

قُلتُ: ما قرر به الاستقراء يرد بأنه بناه على أن أقل الطهر خمسة عشر يومًا، وكذا ابن هارون.

والمنقول عن سَحنون أنه ثمانية أيام، ويتقرر به الاستقراء حسبما قدمناه، وبأنه بناه على أنها تحل برؤية أول دم الحيضة الثالثة، وكذا ابن هارون وهو غير صحيح؛ لما تقدم من نقل ابن رُشْد عنه: إنما تحل بتمامه، وقوله: لعل سَحنونا يقول إلى آخره، يرد بأن ابن

رُشْد والباجي وغيرهما قالوا: لم يقل أحد أقل الحيض أكثر من خمسة أيام، وأقل الطهر كالعبادات.

الثانية: المرتابة لا بمعتاد من رأت حيضًا، ثم فقدته في سنة فيها مع غيرها، عدتها سنة لا حيض فيها، منها تسعة أشهر دليل نفي الحيض الموجب كونها من ذوات الأشهر.

الباجي: لأن التسعة مدة معتاد الحمل هو قول عمر في الموطأ: ولو رأت فيها حيضًا، ولو في آخرها انتظرت سنة، كذلك حتى تحصل سنة بيضاء أو ثلاث حيض.

قال عن أَصْبَغ: هذا إن كان حيضًا كاملًا، فإن كان يومًا أو ما لا يكون حيضًا انتظرت سنة من يوم الطلاق، وقول مالك قول كافة أصحابنا غير ابن نافع. قال: تنتظر أقصى أمد الحمل خمس سنين، وإن كانت ممن يئسن من المحيض اعتدت سنة، تسعة أشهر ثم ثلاثة.

قال سَحنون: أصحابنا لا يفرقون بينهما والعدة فيهما بالسنة.

ابن زرقون: قال أبو محمد -يعني سَحنون- فيمن يحتمل أن تحيض، وأما من لا يحتمل ذلك منها فعدتها ثلاثة أشهر، تمت هذه المسألة من النوادر، واختار اللخمي فيها ثلاثة أشهر، وفي المستحاضة.

وفيها: يكفيها في الوفاة تسعة أشهر.

والعدة في الطلاق بعد الريبة وفي الوفاة قبلها، ووجهه عبد الحق بما حاصله: لأن عدة من تحيض بالحيض لا تنتقل للشهور إلا بدليل نفيه، وهي التسعة والعلم بالدليل واجب التقدم على حصول مدلوله، وعدة الوفاة بالأشهر دون شرط، وتأخر الحيض مانع، والعلم برفع المانع جائز تأخره؛ لأن الأصل عدمه.

وتعقبه ابن عبد السلام بقوله: لما لا تدخل أشهر العدة في التسعة الأشهر، وإنما يطلب حصول العدة بعد الاستبراء لو افتقرت العدة لنية؟ وليس الأمر كذلك.

ويرد بأن عدة الأشهر في ممكنة الحيض التي حاضت شرطه انتفاء حيضها، ودليله إنما هو التسعة الأشهر لما قرره الباجي حسبما تقدم، فلو اندرجت أشهر العدة في التسعة لكانت بالثلاثة الأخيرة، فلا يكون المتقدم عليها إلا ستة أشهر، ودليل نفي

الحيض تسعة أشهر، فيلزم وجود المشروط دون شرطه، وهو محال فلزومه، وهو الاندراج كذلك.

الباجي: روى محمد إن حلت المرتابة بالسنة، ثم تزوجت، ثم طلقت، فعدتها ثلاثة أشهر في الطلاق، ولو كانت أمة؛ لأنها اعتدت بالشهور، فصارت يائسة إلا أن يعاودها الحيض مرة، فترجع لحكمه إن تمادى أو الاستبراء، والعدة إن انقطع عنها.

قُلتُ: المعتبر فيما يعاودها مطلق الحيض أو محدوده على القولين.

ونقل ابن الحاجب القول ببقاء حكم استبرائها لا أعرفه وقد قبلوه.

وفيها: لابن القاسم: من اشترى معتدة من طلاق ممن تحيض فرفعتها حيضتها حلت بسنة من يوم الطلاق وثلاثة أشهر من يوم الشراء.

عبد الحق عن القابسي: يريد ولو مسها القوابل بعد ثلاثة أشهر قبل السنة وقلن لا حمل بها لم تحل إلا بانقضائها أو بحيضتين من يوم الطلاق، وليست كالأمة المعتدة من وفاة تقول القوابل بعد ثلاثة أشهر وقبل تمام التسعة لا حمل بها هذه تحل بذلك؛ لانقضاء عدة الوفاة بشهرين وخمس ليال، فالتربص لزوال الريبة إنما هو بعد العدة، وفي المطلقة إنما عدتها الثلاثة الأشهر التي بعد التسعة.

قُلتُ: هذا أحد فوائد قول مالك: العدة في الطلاق بعد الريبة وفي الوفاة قبلها، وفي كون عدتها في الوفاة بشهرين وخمس ليال أو بثلاثة أشهر، وللزائد على الخمس ليال حكم العدة في السكنى والإحداد، ثالثها: لا بل حكم الاستبراء، لابن رُشْد عن سماع عيسى ابن القاسم وابن حبيب عن الأخوين ولها.

وفي استبرائها: (من اشترى معتدة من وفاة فتمت عدتها ولم تحض انتظرت الحيضة، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر، وحست من نفسها انتظرت تمام التسعة من يوم الشراء، فإن زالت الريبة قبلها، حلت، وإن ارتابت بعدها بجس بطن لم توطأ حتى تذهب الريبة).

ومعتادة الحيض لسنة أو نصفها أو لهما:

اللخمي: تعتد بالأقراء ولو بعدت.

محمد: إن انقضت السنة قبل وقت حيضها، فإن لم تحض عند وقتها حلت، ولو

حاضت من الغد.

قال: ليس أصل المذهب إلغاؤه إن جاء من الغد؛ لأن الحيض يتقدم ويتأخر.

وقوله مراعاة للخلاف، وقال أشهب عن طاووس: يكفيها ثلاثة أشهر لا تنتظر حيضًا.

ابن رُشْد عن محمد: من حيضتها لسنة أو أكثر، عدتها سنة بيضاء إن لم تحض لوقتها وإلا فأقراؤها ولا مخالف له من أصحابنا، فتعقب شارحي ابن الحاجب نقله: عدم اعتبار انتظار الأقراء بانفراده حسن. ومتأخرته لرضاع بأقرائها.

الصقلي: إجماعًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: التي تطلق وهي ترضع ولا تحيض، عدتها سنة من يوم تفطم إلا أن تحيض قبل ذلك ثلاث حيض.

ابن رُشْد: ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس ريبة اتفاقًا، فتعتد بثلاثة قروء أو سنة بيضاء لا دم فيها بعد الرضاع.

وسمع ابن القاسم: لمطلق المرضع طلاق رجعة نزع ولده منها خوف أن ترثه إن تبين صدقه وعدم ضرره، إن لم يضر بالولد.

ابن رُشْد: وروى محمد: وكذا لإرادته نكاح من لا يجوز له في عدتها.

وتعقبه ابن عبد السلام: بمنع طلاق المريض ونكاحه يرد بأن المرض مظنة الموت، وإنما هذا كطلاق الصحيح، فإن قيل: فلو طلبه مريضًا قيل: كون الطلاق في الصحيح يضعف تهمته، وقول ابن عبد السلام: قال بعضهم: وكذا لو طلبت المرأة طرحه لها ذلك إن قبل غيرها وللأب مال.

قُلتُ: هو تمام سماع ابن القاسم.

وفي كون المريضة يتأخر حيضها كمرضع عدتها الأقراء إن تباعدت، وتحل في الوفاة بأربعة أشهر وعشر، أو كمرتابة عدتها سنة في الطلاق، وتمكث في الوفاة تسعة أشهر نقلا اللخمي عن أشهب وأَصْبَغ مع ابن عبد الحَكم وابن القاسم وروايته، وفرق له بأن للمرضع دمًا منه يخلق لبنها والمريضة لا دم لها.

الصقلي عن محمد: قول أشهب أحب إلينا، بعض القرويين فرق بعضهم لابن

القاسم بقدرة المرضع على رفع ذلك بإسلام الولد.

وعدة المستحاضة غير مميزة سنة في الطلاق.

ابن حارث: اتفاقًا.

وفي كون المميزة كذلك أو بالأقراء رواية الصقلي مع أبي عمر عن أَصْبَغ، وابن زرقون مع الصقلي عنها.

قُلتُ: هو قوله في الطهارة والعدة والاستبراء.

والتمييز: أبو عمر: بلون الدم وريحه.

الباجي: روى محمد: يعرف إقبال الحيضة بكثرة الدم، وإدبارها بقلته.

اللخمي: قيل لعبد الملك: تعتد تسعة أشهر ثم ثلاثة. قال: بل سنة.

وقال ابن القاسم في المدَوَّنة: عدتها ثلاثة أشهر بعد التسعة استبراء.

وقال الشافعي وغيره: عدتها ثلاثة أشهر، وهو أحسن.

الباجي: إن كانت مستحاضة ستة أشهر وانقطع دمها ستة أشهر ثم استحيضت حلت بسنة من يوم الطلاق قاله أَصْبَغ، وكذا لو لم تر دمًا من يوم الطلاق ستة أشهر ثم استحيضت، حلت بتمام السنة إلا أن تحس حركة فتقيم؛ لأن ينفش أو تحيض أو تضع أو تنقضي مدة الحمل.

قُلتُ: هذا نص المنتقى، وبعده كلام مجمل عبر عنه ابن زرقون على أنه من لفظ الباجي بما نصه: أما إن لم تتقدم الاستحاضة ففيه نظر؛ لأن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض، وهو يبطل حكم الريبة، وتعتد بالأقراء، فلا يضاف ما بعد الحيض من استحاضة لما قبله من الشهور.

قُلتُ: حاصله ما يذكره اللخمي عن ابن القاسم خلاف قول محمد.

الباجي: وقال ابن القاسم: تستأنف المستحاضة التي انقطع دمها سنة من يوم انقطعت استحاضتها، ولو انقطع دمها بطهر تام ثم رأت حيضًا انتقلت للأقراء.

قُلتُ: في النوادر عن محمد عن أَصْبَغ: أن ابن القاسم رجع لقول أَصْبَغ، وسمع عيسى رواية ابن القاسم: إن انقطع دم المستحاضة لثمانية أشهر رجعت للحيض، فإن أيقنت أن أول دمها كان حيضًا اعتدت به حيضة، وإلا استقبلت ثلاث حيض.

ابن رُشْد: اتفاقًا فيهما، إلا أنه لم يبين بها توقنه، وحاصله: إن رأت من طلقت طاهرًا دمًا قبل طهر تام قبله وجب ضمه إليه إن كان أكثر الحيض، فما رأته استحاضة وإلا فحيض كالذي قبله يكمل منه أكثره، وفي عدة طلاقها في الحيض يوجب رجعتها قولان، وتستقبل فيهما ثلاثة قروء، وإن رأته بعد طهر تام فهو حيض إن تمادى، جرى على الخلاف في اعتبار أكثره بعادتها والاستظهار أو بخمسة عشر يومًا.

اللخمي: إن رأت مرتابة بعد ستة أشهر دم استحاضة، لا حيض في عدتها بسنة من يوم الطلاق، وجعل ما رأته حيضًا، فتعتد بالأقراء أو سنة من يوم تذهب الحيضة قولا محمد وابن القاسم لقوله في كتاب الوضوء: إن كان بين الدمين طهر فالثاني حيض دون اعتبار لونه، هل هو حيض أو استحاضة؟

قُلتُ: مثله قوله في العدة: إن اختلف دم المطلقة فرأته يومين أو ثلاثة ثم رأت الطهر مثل ذلك ثم رأت الدم كذلك فهي كمستحاضة، إن تمادى ذلك بها عدتها سنة، إلا أن يكون بين الدمين من الطهر ما لا يضاف بعضه لبعض، فيكون الثاني حيضًا.

اللخمي: ولو جهل أوله هل هو حيض أو استحاضة؟ ففي كونه استحاضة، فتعتد سنة من يوم الطلاق أو حيضًا فتعتد سنة من بعد قدر حيضة والاستظهار قولا محمد.

قُلتُ: إن ما في النوادر عزو الأول لمالك، والثاني لقول محمد أنه القياس.

اللخمي: وقال أيضًا: لا بد لها من ثلاث حيض بعد الاستحاضة؛ يريد: أنه يمكن أن تكون استحاضة، فإن رأت بعد ذلك حيضًا استأنفت ثلاث حيض، ويمكن أن يكون حيضًا فتستأنف السنة بعد قدر الحيضة.

الثالثة: الصغيرة: من تطيق الوطء، غير بالغ، عدتها ثلاثة أشهر بالأهلة، إن وافقت طلاقها، وإلا ففي اعتبار الأول بتكميله من الرابع ثلاثين يومًا والباقيان بالأهلة أو بالثلاثين روايتان لأكرية الدور مع إحدى روايتي كتاب العدة منها وأخراهما.

وخرج اعتبار عدد الشهر تسعة وعشرين يومًا من نذر صوم الشهر، وفي البناء على كسر اليوم فتحل بمثل وقت طلاقها من آخر أيامها وإلغائه فلا تحل إلا بتمامه، ثالثها: إن نكحت بعد مثل وقت يوم طلاقها من آخر أيامها قبل كماله لم يفسخ لأولى

الروايتين، وأخراهما وابن القاسم في سماعه.

ابن رُشْد: القياس الأولى، وقول ابن القاسم ثالث استحسانا.

وفي كون الأمة كالحرة طرق.

الباجي: قال بعض أصحاب مالك: لا تنقص الأمة عنها.

ابن زرقون في المبسوطة لمالك وأصحابه غير أشهب: عدتها شهران.

ابن بشير: ثالثها: شهر ونصف.

وفيها: الآيسة كالصغيرة.

وفيها: ما لم تحض قبل الطلاق أو الآيسة ترى الدم بعد ما أخذت في عدة الأشهر ترجع لعدة الحيض، وتلغي الشهور وتصنع كما وصفنا إن قال النساء فيما رأته الآيسة أنه حيض، وإن قلن: أنه ليس بحيض، أو كانت في سن من لا تحيض من بنات السبعين تمادت بالأشهر.

قُلتُ: يريد: (بكما وصفنا) حكم المرتابة، وفي كونه في العبادات حيضًا، نقلا اللخمي: قولي محمد في كتابي العدة والمواقيت.

الرابعة: الحامل، عدتها بوضع كل حملها لا بأول توأم، وعليه قولها: ترجع بعده قبل آخر توأم إن لزم حملها مطلقها أو صح استلحاقه، وإلا فلغو.

ونفاسها حيضة والعلقة كالكامل في العدة، وحكم أم الولد، وفي كون الدم المجتمع كذلك،ولغوه قول استبرائها، ونقل النوادر وغيرها عن أشهب، وهو ظاهر اختصار الجلاب والتلقين وغيرهما في تفسير ما تحل بوضعه بالعلقة، وعكس الإكمال العزو وهمٌ.

الباجي لمالك في المدَوَّنة: ما ألقته من مضغة أو علقة أو شيء يستيقن أنه ولد حلت به، وتكون به الأمة أم ولد، وليس بخلاف لقول أشهب؛ لأنه أراد الدم السائل ما يعلم أنه ليس بولد، وأما العلقة فليست بدم سائل؛ بل هو مجتمع على صفة يعلم بها الولد.

ابن زرقون: حمله غيره على الخلاف.

الخامسة: المرتابة في الحمل بجس بطن، عدتها بوضعه أو مضي أقصى أمد الحمل

مع عدم تحققه، وفي كون أقصاه أربع سنين أو خمسا؛ ثلاث روايات: القاضي: سبع، وروى أبو عمر: ستا.

اللخمي: روى أشهب: تبقى ما دامت ترى الدم أبدا حتى تنقطع ريبتها.

اللخمي: إن تحقق حملها والشك لطول المدة لم تحل أبدا.

واختار ابن القصار الأولى، وجعلها القاضي المشهور، وعزاها الباجي لرواية العراقيين وقول أَصْبَغ، والثانية لابن القاسم وسَحنون، والثالثة لقول ابن وَهْب وأشهب المتيطي: بالخمس القضاء، واختيار ابن القاسم أنه أربع.

وقال ابن الهندي: لم يمض العمل إلا بالأربع، وروي أن مالكًا ولد لسنتين، وقيل: أقام في بطن أمه ثلاثين شهرًا، وولد عبد الملك بن مروان لسبعة أشهر.

وحكى الجوهري في إجماعه عن محمد بن عبد الحَكم: أن الحمل لا يزيد على تسعة أشهر.

قُلتُ: يقرب منه روايتها في أمهات الأولاد: من أقر بوطء أمته فجاءت بولد لما يشبه أن يكون حملًا لذلك الوطء لحق به، ونحوه في أوائل كتاب العدة.

فالأقوال سبعة: تسعة أشهر، وأربع سنين، وخمس وست وسبع وأبدا، وما يشبه أن يكون لسابق الوطء، وعزوها واضح.

وفيها: كل معتدة من طلاق أو وفاة تأتي بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس سنين إلا أن ينفيه الحي بلعان ويدعي استبراءها قبل طلاقه.

وتقدم قول ابن القاسم في الموازيَّة: لو أعلم أنه حيض مستقيم لرجمتها.

وفي نوازل سَحنون: من الاستبراء من قال قبل موته: جاريتي حامل مني، فقالت: لست بحامل، فاستبرأت ثم جاءت بولد بعد موت سيدها بخمس سنين، فهو للسيد لإقراره أن ماءه فيها ما لم تتزوج، فإن تزوجت فجاءت بولد لستة أشهر فهو للزوج، فإن ولدته لأقل فهو للسيد.

ابن رُشْد: هذا لا اختلاف فيه لإقراره أنها حامل منه ولو لم يقر به، إلا أنه علم أنه كان يطؤها فأقرت أنها حاضت واستبرأت نفسها، وأنه لا حمل بها ثم أتت بولد لما يلحق به الأنساب فادعت أنه من سيدها، لجرى على الخلاف في المعتدة من طلاق أو

وفاة تقر بانقضاء عدتها على وجهها، وأن لا حمل بها ثم يظهر بها حمل فتلحقه بزوجها فيما دون خمسة أعوام.

قيل: لها ذلك، وهو قوله في المدَوَّنة.

وقال ابن دينار وعيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة: تحد ولا يلحق بالزوج إذا جاء من ذلك الأمر البين، مثل أن تعتد في الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، وتحيض حيضة وتقيم اثني عشر شهرًا ونحوها ولا حمل بها.

وفيها: من نكحت قبل خمس سنين بأربعة أشهر فأتت بولد لخمسة أشهر من يوم نكحت، لم يلحق بأحد الزوجين وحدت وفسخ نكاح الثاني؛ لأنه نكح حاملا.

عبد الحق عن بعض شيوخه: استعظم الشيخ أبو الحسن أن ينفي الولد من الزوج الأول وتحد المرأة بزيادتها على الخمس سنين شهرًا، ويقول: كان الخمس سنين فرضا من الله ورسوله، وقد اختلف قول مالك وغيره في مدة الحمل.

قال مرة: يلحق إلى سبع سنين، فكيف ينفى الولد وترجم المرأة، من يقول بهذا ؟

وفيها: من أقر بطلاق سابق بعد بنائه ولا بينة به فالعدة في إرثه لها ورجعته من يوم طلاقه، وفي غيرها من يوم إقراره، لوجوب تصديقه في إسقاط حقه دون غيره، وعزاه الشيخ لغير الموازيَّة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أقر لقوم أنه بارى امرأته ثم زعم أنه كان مازحا ولم يبار، وأنكرت مباراته إن شهد عليه بانت منه ولا رجعة له، وإن مات أحدهما في عدتها ورثته ولم يرثها.

ابن رُشْد: قوله في الإرث لا يصح؛ لأن قوله: (لا رجعة له) يدل أن الشهادة عليه في حياته، فإذا حكم عليه في حياته بأنها بائنة وجب ألا يكون بينهما ميراث، ولو كانت الشهادة عليه بعد موته لوجب على ما قدمناه في مسألة رسم طلق من سماع ابن القاسم: أن ترثه ولا يرثها، مات في العدة أو بعدها، فلا وجه لقوله: إن مات في عدتها على حال.

قُلتُ: قوله: (إذا حكم عليه إلى آخره...) يرد بأن الحكم عليه بمقتضى قوله: إنما هو فيما هو حق عليه لا فيما هو حق له، فيحكم عليه بعدم الرجعة والإرث بإقراره، ولا يحكم على الزوجة بأن طلاقه بائن فلا ترثه، ولا بأن العدة من يوم زعم أنه طلق

حسبما تقدم.

ومن شهدت بينة بطلاقها فعدتها من يوم تاريخها إن لم ينكرها، وإلا ففي كونه من يوم تاريخها إن اتحد، ومن آخره إن تعددا ومن يوم الحكم مطلقًا، طريقا عياض عن المذهب مع الصقلي عن الشيخ وابن محرز.

وفيها: من طلق في سفره ثلاثا ببينة ثم قدم قبل البينة فوطئها ثم أتت البينة فشهدت بذلك، وهو ينكر طلاقها ويقر بالوطء فليفرق بينهما ولا شيء عليه.

ابن محرز: ظاهره أنها تعتد من اليوم شبه قوله في العتق، وغيره: من شهد عليه بعتق عبده وهو ينكر وقد استغله لا يرد الغلة، وهو دليل على عدم حده في الزوجة وإن لم يعذر بالجهالة، فإن قيل: لم لا تكون العدة من يوم طلاقه كالحكم بحرية العبد من يوم عتقه في حق الله ﷻ وحق الآدميين؟

قيل: لأن للزوج في العدة حقا، ويشبه هذا قول مالك: من شهد عليه بعد موته أنه كان طلق امرأته ورثته، ولو شهد عليه بعد موتها لم يرثها.

والفرق ما أشار إليه محمد في توريثها منه إن كان هو الميت؛ لأنه طلاق في المرض.

قُلتُ: تقدم قول ابن رُشْد على هذه في فصل الشك في الطلاق.

وعدة الوفاة في نكاح صحيح للحرة المسلمة، ولو قبل البناء أو صغيرة أربعة أشهر وعشر إن رأت فيها ذات الحيض حيضا اتفاقًا.

عبد الحق في تهذيب الطالب: وكذا إن لم تره من لم تحض قط، وإن فقدته ومضى وقته لا لسبب ولا ريبة بجس بطن، ففي كونها كذلك ووقفها على حيضة أو تسعة أشهر نقلا.

ابن رُشْد عن سَحنون مع ابن الماجِشُون، والمشهور مع مالك وأصحابه: فإن ارتابت بامتلاء بطن لم تحل إلا برفع ريبتها أو بلوغ أقصى أمد الحمل.

الشيخ لأَصْبَغ في الموازيَّة: إن تزوجت المسترابة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهر وعشر، لم يفسخ نكاحها، وإن فقدته لعادة تأخره عن الأربعة الأشهر وعشر، ففي كونها كالأولى أو الثانية في الثاني نقلا ابن رُشْد عن المشهور ورواية ابن كنانة في سماع أشهب.

ابن رُشْد عن محمد: رجع مالك عنها.

قُلتُ: عزا أبو عمر رواية ابن كنانة لسماع القرينين ورواية مُطَرِّف، وعزا الأول لرواية ابن القاسم بقيد: ورآها النساء فلم يرين بها حملا، وكذا ذكر ابن الحاجب المشهور.

ابن رُشْد: تأخره عن وقته لرضاع كتأخره لوقته.

وفي كون ارتفاعه بالمرض كالرضاع تحل في الوفاة بأربعة أشهر وعشر، وفي الطلاق بالأقراء، ولو تباعدت أو ريبة تتربص في الوفاة تسعة أشهر، وفي الطلاق سنة قولا أشهب وابن القاسم مع روايته، والحرة الكتابية تقدمت.

وفي عدة المستحاضة بتسعة أشهر أو بأربعة وعشر سماع عيسى ابن القاسم مع الباجي عن المذهب، ورواية ابن رُشْد مع ابن زرقون عن رواية الموازيَّة.

الشيخ: لأَصْبَغ في الموازيَّة مثل ما تقدم له في المسترابة.

وقول ابن حاجب: يفصل في المميزة؛ يريد: على رواية ابن القاسم اعتبار التمييز إن ميزت في الأشهر حلت، وإلا طلبت التمييز أو تسعة أشهر.

وعلى رواية ابن وَهْب لغوه فالمعتبر التسعة.

ولذات رق ولو قبل البناء صغيرة شهران وخمس ليال.

ابن زرقون: رواية ابن العطار لا عدة عليها قبل البناء إن أطاقت الوطء شاذة، وعلى المعروف إن صغرت عن سن الحيض حلت بشهرين وخمس ليال.

الباجي والشيخ عن الموازيَّة: إن بلغته ولم تحض أو كانت يائسة، ولم يؤمن حملها فثلاثة أشهر، وإن أمن فمالك كذلك، وأشهب بشهرين وخمس ليال وغيرهن.

قال ابن زرقون: بها إن حاضت فيها، وإن استرابت بحس بطن فبزوالها اتفاقًا فيهما، وإن لم تحض فيها من عادتها فيها فالمشهور ترفع لتسعة أشهر.

أشهب وابن الماجِشُون وسَحنون: لثلاثة أشهر وإن لم تحض، ومثلها قد يحمل ففي حلها بشهرين وخمس ليال أو بثلاثة أشهر قولا ابن القاسم وأشهب.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: تحل المرضع بشهرين وخمس ليال، وإن لم تحض ما لم تسترب بجس بطن.

قُلتُ: زاد ابن رُشْد: فيسقط عنها الإحداد وحقها في السكنى، إلا أنها لا تتزوج إن كانت مدخولا بها إلا بعد ثلاثة أشهر؛ لأن الحمل لا يتبين في أقل منها.

اللخمي: من هي ممن تحيض إن عدمته في الشهرين وخمس ليال، ففي حلها بها ولو خشي حملها أو بثلاثة أشهر، ثالثها: إن لم يخش حملها لصغر أو إياس أو عدم بنائها. لابن القاسم في العتبيَّة وأحد قولي مالك، وثانيهما: وهو أحسن.

قال محمد: ويجري الخلاف في المريضة على الخلاف المتقدم والتفصيل.

وفي حل المرضع بشهرين وخمس ليال أو بثلاثة أشهر قولا ابن القاسم ومحمد.

والحامل بوضع حملها كما مر مع جواز غسلها إياه ولو نكحت غيره.

وفي بعض نسخ ابن الحاجب: وقيل: إلى أقصى الأجلين، وليس في نسخ شيوخنا، ولا أعرفه في المذهب.

وفيها مع غيرها: من علمت بموت زوجها أو طلاقه ببينة بعد مضي عدتها منه حلت حينئذ.

وفيها: عدة أم الولد لوفاة سيدها حيضة ولو مات عنها، وهي في أولها أو غاب عنها فحاضت بعده حيضا ومات في غيبته لزمها حيضة بعد وفاته؛ لأنها لها عدة بخلاف الاستبراء.

ابن القاسم: لقوة الخلاف فيها.

قال بعض العلماء: عليها أربعة أشهر وعشر، وقال بعضهم: ثلاث حيض.

قال مالك: ولا أحب لها المواعدة فيها، ولا تبيت إلا في بيتها ولا إحداد عليها، فإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر.

الجلاب: إن كانت مستحاضة أو مرتابة فتسعة أشهر.

قُلتُ: هو نقل الكافي والاستذكار عن إسماعيل القاضي.

اللخمي: قياد مذهبه، إن لم يراع الخلاف، في موته وعتقها وهي في أول الدم أن تجزئها تلك الحيضة، وإن كانت عادتها تأخير حيضها عن ثلاثة أشهر انتظرته.

قُلتُ: قوله: ولا تبيت إلا في بيتها خلاف نقل ابن رُشْد عن المذهب في ثالث مسألة من رسم سعد في طلاق السنة: لها المبيت في الحيضة في غير بيتها من عتق

أو وفاة.

وفيها: إن مات زوجها وسيدها وجهل أولهما موتا لم أسمع من مالك فيه شيئًا، وأرى: عليها أربعة أشهر وعشرًا مع حيضة.

سَحنون: إن كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال، وإن كان أقل فأربعة أشهر وعشر.

ابن شبلون: الشهران وخمس ليال كالأقل.

غيره: وجهل ما بينهما كالأكثر.

وفي كون قول سَحنون خلاف قول ابن القاسم في الأمة المبيعة يرتفع دمها يبرئها ثلاثة أشهر، وفاق قول ابن وَهْب فيها تنتظر الدم أو تسعة أشهر أو على أصله؛ لأن حيضة أم الولد عدة بخلاف الأمة نقلا عياض عن بعضهم، وأبي عمران مع غيره محتجًا بأنها كقول ابن القاسم فيمن نكح في عدة وفاة وبنى عليها أقصى الأجلين.

وصوبه عياض؛ لأن استبراء الأمة من رجل واحد وأم الولد من رجلين.

ابن محرز: إن فقدت حيضة تعتادها في هذه الأشهر طلبتها لتسعة أشهر كمسترابة، وإن اعتادتها لأكثر من هذه الأشهر طلبتها.

عياض: فإن لم ترها تمادت للتسعة إن كنت تراها دونها.

قُلتُ: للخمي: إن لم تر حيضا في الأربعة الأشهر وعشر أجزأتها؛ لأنه إن كان موت السيد آخرا فعدتها حيضة، فإن لم تر حيضا فثلاثة أشهر تجزئها إلا على القول أنها تطلب الحيضة ولو بعدت.

الشيخ عن الموازيَّة: عدة فاسد النكاح كصحيحه إلا في ما يفسخ قبل البناء، إن مات قبل فسخه كالصحيح، وما يفسخ بعده لا عدة فيه.

فإن بنى فقال أشهب وأَصْبَغ: فيه ثلاث حيض، ورجع إليه ابن القاسم.

أَصْبَغ وغيره: خطأ.

محمد: يعني ما قيل عن ابن القاسم: من نكح في العدة ثم مات اعتدت منه أربعة أشهر وعشرًا.

محمد: لعله إنما تزوجها في عدتها منه.

ولعيسى عن ابن القاسم: من نكح في المرض وبنى فيه ثم مات، عدتها منه أربعة أشهر وعشر.

قُلتُ: زاد في العتبيَّة وقال في كتاب اللقطة: دخل بها أم لا.

وفي سماع أَصْبَغ: ثلاث حيض.

ابن رُشْد: هذا على اختلافهم في كون ما اختلف في فساده يفسخ بطلاق، ويثبت فيه الإرث أولا، ويبين أن الاختلاف في عدة الوفاة جارٍ على ذلك.

قول محمد: فذكر ما تقدم إلى قوله: عدتها منه، وزاد لمحمد عن ابن القاسم قولا ثالثا في نكاح المريض: إن لم يبن فلا عدة، وإن بنى فأربعة أشهر وعشر ولا يحمله القياس.

اللخمي: إن مات فيما اختلف فيه قبل البناء فعلى الإرث فيه العدة فيه، وعلى نفيه نفيها، وبعد البناء الإرث والعدة، ونقل الرجعية لعدة الوفاة، ولو كانت ذات رق يموت مطلقها في عدتها في الأيمان بالطلاق، والعدة منها وغيرها.

اللخمي: هو قول مالك وابن القاسم وغيرهما من أصحابهما.

وقال سَحنون: أقصى العدتين ويسقط الإحداد بانقضاء عدة الوفاة، وينقل من طلقت أمة ومات عنها حرة كحرة، والمذهب لا ينقل البائنة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من عتقت تحت عبد فطلقت نفسها واحدة ثم مات زوجها في عدتها، ترجع لعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا.

ابن رُشْد: قوله: ترجع لعدة الوفاة خلاف المدَوَّنة؛ لأنها لا ترجع إلا في الرجعي، وطلقة المخيرة للعتق بائنة.

وفيها: لا تنتقل الرجعية بعتق فيها لعدة الحرة وهو المذهب، وصوب أبو عمر انتقالها.

وفيها: إن أسلمت ذمية تحت ذمي، ثم مات لم تنتقل لعدة وفاة.

[كتاب الاستبراء]

الاستبراء: مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق فتخرج العدة ويدخل استبراء الحرة، ولو للعان والموروثة؛ لأنه للملك لا لذات الموت.

وجعل القرافي جنسه طلب براءة الرحم؛ لأنه استفعال يخرج استبراء اللعان؛ لأنه يكون لا عن طلب[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق قال فتخرج العدة ويدخل استبراء الحرة ولو للعان والموروثة لأنه للملك لا لذات الموات)، وجعل القرافي جنسه طلب براءة الرحم؛ لأنه استفعال يخرج استبراء اللعان؛ لأنه يكون لا عن طلب، ونقل عن الشيخ أنه سأل الفقهاء عن الاستبراء فيذكرون له مثلا وجزئيات ولا يعرفونه فلذا عرفه وبينه بما ذكره فقول الشيخ (مدة) صير ذلك جنسًا للاستبراء؛ لأن المراد به شرعا زمن دليل براءة الرحم وعبر بالمدة، ولم يقل زمن، وهو أخصر،والقرافي ما تقدم عنه لا يصح بوجه؛ لأنه لو راعينا اشتقاق اللفظ في الشرع لأبطلنا كثيرًا من الحقائق في رسمها لكونها غير موافقة لجنسها فصار الاستبراء لقبا على المدة، ولم يلاحظ فيها مصدر بوجه ولا طلب، وأورد الشيخ ما ذكر في رده عليه تنزلا منه معه فكأنه يقول لو صح ما ذكرته لخرج استبراء اللعان؛ لأنه لا طلب فيه لبراءة الرحم مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة، ولا لطلاق، وما أشار إليه بقوله: (لا لرفع عصمة) هو أعم من الفسخ والموت فما كان كذلك يكون عدة.

(فإن قلت): إذا صح هذا ما ذكر؛ فلأي شيء قال في حد العدة مدة منع النكاح لفسخه أو لموت الزوج أو طلاقه وهلا قال مدة منع النكاح لرفع عصمة أو طلاق كما قال هنا وذلك يعم القسمين المذكورين كما قررته.

(قُلتُ): الجواب عنه ﷺ لم يظهر ويحتاج إلى تأمل، وكذلك لم يظهر سر كونه عدل أن يقول مدة دليل براءة الرحم في حد العدة، ولم يقل هنا كما قال في حد العدة وقوله: (دليل براءة الرحم) أشار إلى أن السبب إنما هو معرفة براءة الرحم لأجل الاستبراء فعلى هذا إذا اشترى زوجته فلا استبراء عليه كما قال في المدَوَّنة وسره ظاهر قوله: (ويدخل استبراء الحرة) يعني أن الحرة يقع الاستبراء فيها بثلاث حيض كما إذا زنت ثم قال (ولو للعان) يعني ويدخل في ذلك مدة دليل براءة الرحم ليعتمد عليه في اللعان إذا أراده، وهو في ذلك بحيضة واحدة على المشهور، وقيل: بثلاث حيض.

(فإن قلت): صورة اللعان قد تقدم رد الشيخ بها على حد القرافي، وهنا قد أدخلها في حده.

(قُلتُ): صح له ذلك؛ لأن القرافي حقق الطلب في المحدود وأتى بجنس لا يناسبه فاعترض عليه بأن استبراء اللعان لا يكون عن طلب بل فيه مدة دليل براءة الرحم حيضة أو ثلاث، وقد وقعت

فاعتمد الزوج على ذلك على ما ذكروه في نفي الولد أو غيره.

(فإن قلت): اللعان إذا تم يقع فيه الفسخ.

قيل: بطلاق، وقيل: لا، وقيل: بحكم من الحاكم ونسب هذا لابن القاسم، وقيل: لا يفتقر إلى حكم وبنوا عليه مسائل معلومة، وإذا صح ذلك فيقال كيف تدخل مدة ما بعد اللعان في الاستبراء بل تدخل في العدة؛ لأنه إن كان بطلاق فقد صدق فيه حد العدة، وإن كان بفسخ من الحاكم فكذلك.

(قُلتُ): المدة التي أشار إليها بالدخول في الاستبراء المدة التي قبل وجود فرقة اللعان، وهي مدة الحيضة الواحدة أو الثلاث التي يعتمد عليها الملاعن كما ذكرنا، وأما المدة التي بعد الفرقة فهي عدة كما ذكر في السؤال داخل في رسم العدة والله سبحانه أعلم.

(فإن قلت): وقع في المَدَوَّنة في النكاح الثالث إذا أسلمت نصرانية تحت نصراني فسخ نكاحها، واعتدت فأطلق على هذه الصورة عدة والحد يصدق عليها، وليس باستبراء.

(قُلتُ): رأيت لبعض المشايخ أن هذه الصورة بنفسها أوردت على الشيخ، ومنع أن ذلك عدة، وإنما أطلق ذلك عليها مجازًا، واستشهد بما ذكره هنا من كتاب العدة وتقدم ما فيه والله الموفق.

(فإن قلت): العدة تكون بالأقراء والاستبراء بالحيض أما حيضة واحدة أو ثلاث في الحرة، وهل يكون ذلك بحيضتين.

(قُلتُ): وقع في المَدَوَّنة إذا تزوجت أمة بغير إذن سيدها ودخل بها الزوج ففسخ النكاح بعد البناء لم يمسها إلا بعد حيضتين؛ لأنه استبراء.

قال: واستبراؤها حيضتان فقد صير استبراء الزوجة هنا حيضتين وذلك غير داخل في حد الشيخ؛ لأنه في المَدَوَّنة أطلق عليها استبراء فهو من الاستبراء لا من العدة فيكون رسم الشيخ غير جامع.

(فإن قلت): قد استشكل عياض هذه المسألة في إطلاق الاستبراء فيها، وقال: إنه لفظ مستغنى عنه، وقد سماها عدة في طلاق السنة، وقال إنها كعدة النكاح وذلك معنى قوله حيضتان.

(قُلتُ): لا شك أن لفظ المَدَوَّنة في هذا الموضع يعين أنها عدة فحد العدة يصدق عليها، وليس ذلك باستبراء وجواب الشيخ بالمجاز يبعد في هذه لقوة قوله كعدة النكاح فعلى تسمية هذا استبراء حقيقة ترد على عكس الاستبراء وعلى منع حد العدة وتأمل أيضًا الخلاف في أم الولد إذا مات عنها سيدها والمشهور أنها عدة وكذلك إذا اشترى زوجته ثم باعها.

(فإن قلت): إذا وقع الاستبراء في اللعان فبأي شيء يكون هل بحيضة أو بثلاث.

(قُلتُ): الجاري على استحقاق الأمة يخرج أنه ثلاث حيض لكن نصوص مذهبنا أنه بحيضة وأجيب بما فيه نظر قوله: (والموروثة) يعني: إذا مات رجل عنده أمة فلا يقربها الوارث حيث يصح وطؤه حتى يقع الاستبراء؛ لأن ذلك لم يكن لرفع عصمة بالموت، وإنما هو رفع للملك؛ وهو ظاهر.

(فإن قلت): إذا مات نصراني عن نصرانية حرة ووطئها مسلم في تلك المدة فهل يجوز له تزويجها بعد ذلك أم لا.

(قُلتُ): تزويجها بعد الوطء في المدة المذكورة يجري على أن ذلك من العدة أو من الاستبراء؛ لأن

ويجب في الأمة الممكن حملها بنقل ملكها ولو بغير عوض على من انتقل إليه إن أحدث حلها ولم يعلم نفي حملها، وحوز السبي كالملك، ونقل ملك العبد لسيده، والجزء كالأجنبي والكل.

والمعروف أن الوخش وكون ربها غائبًا أو امرأة أو صبيًا أو خصيًا أو مجبوبًا أو ذا محرم منها أو كونها بكرًا كالعلي والحاضر والرجل السليم والأجنبي والثيب.

اللخمي: هو في الوخش ولو كان أبيض، مستحب إن كان البائع امرأة.

وفي وجوبه إن كان رجلا واستحبابه قولان، إلا أن يعلم ميل البائع له فيجب إلا في المتجالة، وإن كانت علية أو وخشا وبائعها امرأة أو ما بعدها، ففي وجوبه ثالثها: يستحب لها، ولأشهب مع رواية أبي الفرج وغيرها، وإقالة الوخش كبيعه.

وفي كونه في حوز أمين من مالكها كافٍ.

قُلتُ: حيضتها بعد البيع بيد بائع حبسها بالثمن، أو لم يمنعها المبتاع ولا سأله، وذهب ليأتي بالثمن لغو، ولو أمكنه منها فتركها ليأتي به أجزأ، ولو كانت رائعة؛ لأنه أمينه.

اللخمي: وكذا إن لم يمكنه ولم ينص على حبس، والعرف التسليم، والإتباع بالثمن.

وفيها: عدم إجزاء حيضة مبضع في شرائها في طريق بعثها مشتريها لربها.

= لوازمها تختلف.

(فإن قلت): وهل هذه الصورة عدة أو استبراء.

(قُلتُ): وقع لابن رُشْد: أن ذلك استبراء لا عدة وعليها ثلاث حيض بعد الموت، ونقل عن مالك أن عليها حيضة واحدة.

(فإن قلت): إذا كانت هذه الصورة من الاستبراء فترد على جمع الحد؛ لأن فيها رفع العصمة وفيها الاستبراء.

(قُلتُ): يظهر أنها واردة على الرسم إن قلنا بصحة أنكحتهم، وأما على القول المشهور فلا؛ لأنها ليس فيها رفع ملك والعدة عندهم أقوى من الاستبراء من أوجه كثيرة والاستمتاع بالمستبرآت حرام في المدة المعلومة مطلقًا، ولو كانت حاملًا وأجاز ابن حبيب في المسبية تملك بشراء الاستمتاع بغير الوطء والله سبحانه الموفق.

وقول أشهب: تجزئ، فوجهها الصقلي: بتعدي الباعث مع غيره، وابن محرز: بأن كونها موصوفة لا تلزم الآمر برؤيتها المأمور.

فقول عياض والتونسي: لو أتى بها مشتريها أجزأ خلافه، ويلزم ابن محرز ضمانها المأمور، ولو كانت على الصفة، والمنصوص خلافه.

وقول التونسي: مستشكلا قولها: لأنه لو تخلف جاز له بعثها خلاف قول الصقلي، وقيده المازري بتخلفه لعذر.

اللخمي: إن كان مشتريها أو موصلها غير مأمون وجب، وإلا فإن كان مشتريها ذا أهل، وموصلها في جمع سقط وإلا استحب، فإن علم نفي هحملها كغير مطيقة الوطء.

اللخمي: كبنت سبع، أو ظن بدليله في حوز من انتقلت إليه غير متصرفة كمودعة أو مرهونة أو مبيعة بخيار أو بتعد أو أمة الزوجة أو الابن الصغير أو الشريك تحيض بيد المودع والمرتهن والمبتاع والزوج والأب والشريك فيبتاعها أو يبث بيعها أو يمضي سقط، فإن تصرفت فقولان لأشهب وابن القاسم، وسموه: استبراء سوء الظن.

اللخمي: إن تصرفن لربهن وجب، وحجة أشهب بأنه لو وجب لوجب في الحرة والأمة المتصرفتين، صوبه اللخمي، وقال باللازم استحسانا في الأمة العلية المتهمة. قال: ويختلف فيها وخشا، ورده غيره بالحرج، وفي وجوبه في مشتراة في أول دمها بغيره قولا ابن شعبان مع فضل عن رواية أشهب.

وقول ابن رُشْد: رجع مالك عنه والمشهور، وعليه قال محمد: إن تأخر عن البيع ما يستقل حيضا كفى ما لم يتقدم أكثر منه.

قُلتُ: لا نص إن تساويا ومفهوماها فيه متعارضان، والأظهر لغوه.

ونقل أبو حفص عنها لفظ أول الحيضة وعظمها. قال: وفي اعتبار المعظم بكثرة اندفاع الدم، وهو دم اليومين أولا لا بها بعدهما، وإن كثرت أيامه أو بكثرتها قولا ابن شاس وابن عبد الرحمن، وليس بصواب.

قُلتُ: هو ظاهرها مع الموازيَّة.

وفيها قال مالك: إن كانت في أول حيضتها أجزأه، وإن كانت في آخرها لم يجزه مثل اليوم وما أشبهه.

الشيخ عن الموازيَّة: إن لم يبق من حيضتها إلا يومان لم يجزه، وإن بقي أيام قدر ما يعرف أنها حيضة أجزأه.

قُلتُ: وليس في لفظها لفظ عظمها، والأصوب اعتبار الأيام ما لم يقل دمها.

والمكاتبة تعجز إن كانت لا تخرج من حوزه سقط، وإلا ففي وجوبه، ثالثها: يستحب، ورابعها: إن كانت تأوي إليه، وإن انقطعت وجب، وخامسها: إن كانت متهمة لأشهب وابن حبيب ولها، وللخمي عن ابن القاسم وله. وفي سقوطه في مطيقة الوطء ولا تحمل عادة لصغر أو كبر.

نقل ابن رُشْد عن الأخوين مع اللخمي عن رواية ابن عبد الحَكم، والمتيطي عن ابن حبيب، والمازري عن رواية ابن غانم وأشهب وابن رُشْد عن مالك مع أكثر أصحابه، والمازري عن رواية ابن القاسم وابن وَهْب.

اللخمي: كبنت تسع، واختاره إن كانت بموضع يكثر فيه حملها. قال: أخبرت به عن بنات مكة، وذكر لابن عبد الحَكم: عن بنات اليمن، ونقل ابن الحاجب سقوطه في البكر لا أعرفه، ويبطله ما في المواضعة من حمل البكر.

وفي وجوبه فيمن بيعت مزوجة فطلقت قبل البناء قولها ونقل غير واحد عن سَحنون بناء على اعتبار نقل الملك أو الطلاق.

وفيها: وجوبه على من رجعت إليه من غصب بعد غيبة الغاصب عليها.

وفيها أيضًا: استحبه، فحمله اللخمي على ظاهره، وعياض على وجوبه، ويجب بعتق الأمة قبل استبرائها من وطء سيدها.

وفي كتاب العدة منها: إن أعتقها بعده حلت مكانها.

الشيخ روى محمد: لو أعتقها بعد عدتها من غيره حلت مكانها.

الباجي: إن ابتاع زوجته فأعتقها قبل مسها فإن كان قبل بنائه فعليها حيضة.

قُلتُ: وعلى قول سَحنون فيمن طلقت قبل البناء لا شيء عليها. قال: وبعده عليها العدة قرءان.

ابن زرقون: وروى حيضة فقط.

وبعتق أم الولد أو موت ربها ولو إثر استبرائها غير زوجة ولا معتدة.

وروى محمد: لو أعتقها آخر يوم من عدتها حلت بانقضائه، وفي لغو عظم حيضها بعد موجبه والاكتفاء به كالأمة قول المشهور، ونقل أبي عمر عن إسماعيل.

وفي كونها بعد موته عدة أو استبراء قول المشهور، ونقل الباجي عن القاضي مع ابن زرقون عن إحدى روايتيها: ليس نكاحها فيها نكاح عدة يحرم، وقول ابن القاسم: لها المبيت فيها بغير بيتها.

قُلتُ: قول إسماعيل وقول ابن الحاجب: لو مات ربها في غيبة علم أنه لم يقدم منها، حلت مكانها خلاف قول الشيخ: روى محمد: لو مات ربها معزولا عنها أو غائبًا وجبت الحيضة، وقولها: لو انقضت عدتها من وفاة ولم يطأها ربها حتى مات أو كان غائبا ببلد يعلم أنه لم يقدم منه منذ مات الزوج فعليها حيضة؛ لأنها لو أتت بولد لما يشبه كونه من ربها لحقه في موته وحياته ما لم ينفه بإنكار وطئها بعد موت زوجها.

وفيها: يجب لإرادة بيعها ربها من وطئه إياها ولتزويجها إن وطئها أو زنت أو ابتاعها ممن لم ينف وطأها، ومن لم يطأ أمته له تزويجها دونه.

وفي تزويجه أمة ابتاعها من مقر باستبرائها مطلقًا في الوخش وبعد إسقاطه المواضعة في العلي دونها قولان لها ولسَحنون بناء على أن تزويجها كوطء بائعها أو مبتاعها.

وقول ابن عبد السلام: لو ابتاع زوجته قبل البناء ففي تزويجها دونه قولا سَحنون وابن القاسم: لا أعرفه لها نصا إنما ذكرهما المازري في وطئها مبتاعه دون استبراء، ومقتضى ما مر للباجي في عتقها دون استبراء، لزوم استبرائها قبل تزويجها، ومقتضى قول سَحنون بجواز وطئها مبتاعها نفيه.

ويجب بفاسد الوطء لا لحيض أو عبادة أو يمين كوطء غلط أو زنا، ولو في حرة أو ثانية أختين في ملك واحد، حرم أولاهما.

أشهب: إن غصبت بينة حمل فلا بأس بوطئها زوجها، وكرهه ابن حبيب وأَصْبَغ ورواه.

وفيها: إن وطئ جارية ابنه فقومت عليه، استبرأها لفساد وطئه إلا أن يكون الابن استبرأها، وقال غيره: يستبرؤها لفساد مائه الذي أوجب قيمتها.

وفي كونه وفاقا أو خلافا طريقا عياض مع ابن زرقون وابن الشقاق وابن الكاتب وابن رُشْد مع القابسي والأكثر، ورد القابسي حجة الغير لفساد وطئه؛ لأنه قبل وجوب التقويم بأنه بعده لوجوبه بالمقدمات؛ لأنها في التحريم كالوطء.

ورده ابن عبد السلام بمنع الغير لزوم القيمة؛ بل الابن بالخيار كقول سَحنون: يرد بتعليل الغير.

قوله: لا ينبغي صبه ماءه على الماء الذي لزمته له القيمة.

وفيها: سقوطه في المودعة والمرهونة والمبيعة بخيار ترجع لربها إن استبرأ المبيعة لغيبة المبتاع عليها، والخيار له فقط فحسن.

اللخمي: إن كان المودع والمرتهن غير مأمونين وجب في غير الوخش، وإلا سقط إن كانا ذوي أهل، وإلا استحب.

والمعتصرة إن كانت لا تخرج من حوز الأب سقط، وإلا فإن كان الابن صغيرًا أو كبيرًا لم يغب عليها أو غاب، وقال: لم أطأها فقولان لتخريج اللخمي على أصل أشهب وقول ابن القاسم.

القابسي: استبراؤها في غيبته لاحتمال وطء غيره لا وطئه وإلا حرمت عليه.

اللخمي: إن كان الابن غير مأمون حرمت عليه.

وفيها: رجوع الموهوبة لربها كهبتها.

اللخمي: إن لم يطأها الواهب أو رجعت بعد حيضة وإلا فكالمودعة إن قبضها الموهوب على الأمانة.

وفيها: إن فسخ بيع أم الولد أو المدبرة لزم ربها استبراؤها إن قبضت على الحوز ولا مواضعة فيها.

اللخمي: إن اعترف مبتاع أم الولد بعدم وطئها وضعت ومنع ربها منها لحق الله تعالى، وإن اعترف به وضعت ومنعت من الغيبة عليها، وإن لم يطلبه المشتري لحق الولد في النسب، وخرج لزوم وضع المدبرة ونفيه إن لم يقر المبتاع بوطئها على ضمانها المبتاع بالعقد ونفيه، وعلى ثبوته إن بان حملها غرم قيمة عيبه، وهو في الأمة ذات الحيض حيضة، وأخذ المازري من لغو ابن شعبان عظم الحيض في المبيعة فيه أنه قرء واحد.

وأخذه ابن عبد السلام: من قولها المتواضعة في ضمان بائعها حتى تدخل في أول الدم يرد بأنه بأوله فقط؛ لأنه مع طهر قبله لقولها إن ابتاعها في عظمه فلا استبراء، وشاذ قول ابن الحاجب: قرء، وهو حيضة على المشهور، لا أعرفه نصًّا.

الشيخ، عن ابن حبيب، عن الأخوين: استبراء الأمة بغصب حيضتان، وإن طاعت فحيضة.

أَصْبَغ: حيضة مطلقًا، فإن فقدت ذات حيض الدم لا لمرض ولا لرضاع.

فقال اللخمي: روى ابن القاسم وابن وَهْب: تسعة أشهر. وابن أبي حازم وأشهب: ثلاثة، وقاله وينظرها النساء، فإن قلن: لا حمل حلت.

ابن رُشْد: روى ابن القاسم وابن غانم: ثلاثة، وأشهب وابن وَهْب: تسعة، والصواب عن ابن القاسم.

نقل ابن رُشْد لا اللخمي لنصها، ونقله الأشياخ عنه في مسألة أم الولد يموت عنها سيدها وزوجها، فإن ارتابت بجس بطن فتسعة اتفاقًا، واستشكل بأنها إن زالت ريبتها قبلها حلت، وإن بقيت لم تحل فالتسعة لغو، فأجاب ابن شاس: بأن التسعة مع بقائها دون زيادة تحلها، وإنما لغوها إن ذهبت الريبة أو زادت.

وقبلوه وابن رُشْد: وقال: إن زادت بقيت لأقصى الحمل.

ومن لا تحيض إلا لأكثر من ثلاثة إلى تسعة في كونه ثلاثا أو حيضتها، سماعا عيسى ويحيى ابن القاسم قائلا: إن استرابت منها فتسعة أشهر، وخرجه ابن رُشْد على رواية ابن كنانة في المتوفى عنها لا يمر بها في الأربعة أشهر وعشر وقت حيضتها، والأول على المشهور فيها.

ومن لا تحيض إلا لأكثر من تسعة أشهر فثلاثة فقط، ما لم ترتب بجس بطن كما مر.

الباجي: لا أعلم خلافا أن الثلاثة تبريها إلا قول ابن حبيب: من تحيض لأكثر من ثلاثة أشهر لا يبريها إلا حيضة ولم يفصل، ورجح ابن رُشْد سماع عيسى. قال: وتغليطه التونسي بأنه خلاف القرآن غلط؛ إذ ليس في القرآن استبراء للأمة، ولو قال خلاف الحديث أشبه ولا يصح؛ لأنه خرج مخرج الغالب.

وفاقدته لمرض أو رضاع ثلاثة أشهر:

ابن رُشْد: لا أعلم فيه خلافا، وقد يدخلها بالمعنى، وجعلها ابن الحاجب كالأولى لا أعرفه.

والمستحاضة: فيها: ثلاثة أشهر. وفي الموازيَّة: تسعة، فإن ارتابت بحس فتسعة اتفاقًا. ولو ميزت الدم ففي اعتباره حيض عدة، ولغوه روايتان لها ولابن وَهْب، وهي في العبادة حيض اتفاقًا، والصغيرة والآيسة المعروف ثلاثة أشهر.

ابن رُشْد عن أصحاب مالك: شهر، وشهر ونصف، وشهران.

والحامل وضعها، والمرتابة بحس بطن أقصى أمد الحمل، والمعتدة عدتها وما به استبراؤها بعد ملكها.

وقول القابسي، وقبوله الصقلي وغيره: إن فقدت الحيض معتدة الطلاق لزمها حيضتان أو سنة بيضاء، ولو قال القوابل بعد ثلاثة أشهر: لا حمل بها، وإن فقدته معتدة وفاة حلت بالثلاثة إن قلن: لا حمل بها.

يرد بأن الريبة إن ألغيت لقولهن: كفى المطلقة الثلاث بعد قولهن، وإلا لم تحل المتوفى عنها إلا بتسعة أشهر.

وفيها: إن فسخ نكاح متزوجة بغير إذن سيدها عليه استبراؤها ولا عدة عليها، واستبراؤها حيضتان.

عياض: هذا لفظ مشكل، مستغنى عنه، وفي طلاق السنة منها: أنها عدة كعدة النكاح. وهو معنى قوله: حيضتان، وأم الولد ذات الحيض كالأمة، وفي كونها مسترابة مثلها، ولزوم تسعة أشهر لموت ربها طريقا عبد الحق مع غير واحد من القرويين، والشيخ عن رواية محمد، ورواية أبي عمر والجلاب.

[باب في استبراء الحرة في غير اللعان]

واستبراء الحرة في غير اللعان بما به عدتها:

وفيها: إن استحقت أمة بحرية استبرئت بثلاث حيض، ونوقضت بمشهور استبراء اللعان حيضة، ويفرق بأن وجوبه هنا يشبهه بالعدة ونوقض لزوم استبرائها،

وإن قال: حائزها مبتاعها كنت استبرأتها بقول كتاب العدة إن قال معتقها: كنت استبرأتها حلت مكانها وهي حرة فيهما، وفي الفرق بأن المعتق مختار نظر.

ويفرق بأن المعتق مالك حقيقة فصدق كتزويجه إياها، والمستحق منه بان أنه أجنبي، وهي أشبهت محوزة بغصب لم تصدق.

وأخذهم من قولها: لا صداق في وطئها من استحقت منه عدم رد غلة من استحق بحرية أو حبس يرد بأن الغلة أشد من الانتفاع. قاله ابن القاسم في الأخوين: أول استحقاقها.

ولا تصدق أمة في استبرائها أنها حاضت أو أسقطت.

وفيها: حتى ينظرها النساء بخلاف الحرة.

ويحرم مدته مطلق الاستمتاع، ولو كانت حاملا، وأجاز ابن حبيب في المسبية تملك بشراء أو سهمانٍ استمتاع غير الوطء.

الشيخ: وأباح سَحنون فيمن اشتريت ببراءة الحمل أو رضي به بعد العقد ما يباح من الحائض.

الصقلي: لعله للشيخ الكبير لملكه نفسه.

عبد الحق عن أَصْبَغ: من زنت زوجته غير بينة الحمل لم يطأها إلا بعد ثلاث حيض.

محمد: إن وطئها فلا شيء عليه، وإن غصبت بينة الحمل ففي جواز وطئها وكراهته.

ثالثها: يستحب تركه لعبد الحق عن أشهب وأَصْبَغ مع روايته، وابن حبيب، وعلى منع الوطء في جواز تلذذه بمقدماته نقل ابن رُشْد عن ابن حبيب، وسماع ابن القاسم في الاستبراء، ونقل عياض عن أشهب جوازه: إن بان حملها من زنا لا أعرفه.

[باب المواضعة]

المواضعة: جعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضتها(1).
فيها: الشأن كونها على يدي امرأة، فإن وضعت بيد رجل له أهل ينظرونها أجزأ.
وتعقب عبد الحق اختصارها أبو سعيد: أحبها على يدي النساء أو ذي أهل.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (أن يجعل) بمعنى الجعل مع الأمة، وهو كالجنس للمواضعة فهي لقب على الجعل المذكور (ومع الأمة) أخرج به الحرة إذا وضعت تحت يد أمين أو أمينة وقوله: (مدة استبرائها) أخرج ما إذا وضعت تحت يد أمين لاختبار عيبها قوله: (مقبول خبره عن حيضتها) نائب عن فاعل أن يجعل وكونه مقبول الخبر أخرج به غير الأمين وعن حيضتها يتعلق بالخبر وأخرج به الإخبار عن عيب بها وأطلق الشيخ: قبول الخبر ظاهره ولو من واحد، وهو كذلك على قول وظاهره ولو أخبر مقبول الخبر عن غيره، وقد وقع ذلك لأهل المذهب إذا قال رجل أخبرني جاري أنها حاضت أو زوجتي وأخذ ذلك من مسألة الوديعة إذا أودع المودع عند زوجته ورده الشيخ بأن الاحتياط هنا أشد، وكذلك أطلق ولو كان مقبول الخبر مبتاعا، وكذلك إذا لم يكن للمأمون أهل وفي المذهب خلاف في كراهيته ومنعه.

(فإن قلت): إذا كان ذلك على يد امرأة فإنه جائز بل قال في المدَوَّنة الشأن كونها على يد امرأة فكيف يدخل في قوله مقبول خبره.

(قُلتُ): يدخل لأن المراد النسبة كقوله إن رحمة الله قريب.

(فإن قلت): الشيخ في فصل الإمامة قال فيها اتباع مصل ولم يقل أن يتبع مصل؛ لأنه أخصر وهنا لم يراع ذلك ويقول جعل مقبول خبر مع أنه أخصر.

(قُلتُ): ما ذكره السائل أن الواقع في كلام الشيخ اتباع ليس كذلك بل الواقع في نسخة الشيخ بخطه، وفي نسخة الشيخ سيدي عيسى الغبريني أن يتبع على لفظ المبني للمفعول، وكانت في كلا النسختين اتباع ثم أصلحت إلى ما ذكرنا فعلى ذلك لا يرد هذا السؤال، وعلى تقدير أن تكون النسخة كذلك فلعله راعى: في ذلك كثرة البيان هنا فلذلك عبر هنا بما رأيت وفيه نظر.

(فإن قلت): هل يصدق حد الشيخ رحمه الله فيمن اشترى أمة من رجل ثم أمنها عند المشتري في زمن المواضعة.

(قُلتُ): ظاهر الحد أن ذلك صادق عليه إذا كان مقبول الخبر والمسألة فيها خلاف مذهبي في جواز ذلك، ومذهب المدَوَّنة كراهة الوضع عند المشتري أو البائع وقال ابن الموَّاز بالمنع وفي النقل اختلاف انظره والضمان في المواضعة من البائع فيما يحدث بالأمة والنقد بشرط لا يجوز ولا يجوز وطء للمبتاع ولا تلذذ.

وفي الاكتفاء بخبر الواحدة ولزوم اثنتين:

نقل الصقلي عن ابن الكاتب مع ابن عبد الرحمن، واللخمي عن المشهور، والمتيطي عن الأصيلي والقرويين والأندلسيين وما به العمل، والصقلي عن الإبياني مع نقل اللخمي فيه، وفي الحمل وعيب الفرج وأجراه التونسي وابن محرز على الخلاف في القائف الواحد والترجمان ومقوم العيب يثبته في الرجل.

اللخمي: في كراهة مأمون لا أهل له ومنعه.

قول محمد: من أراد نزعها منهما من مأمون لا أهل له فله ذلك بخلاف ذي الأهل إلا لموجب وأَصْبَغ.

وفي كراهة أمانة المبتاع والبائع ومنعهما قولان لها في المبتاع، ولمحمد في البائع وأَصْبَغ فيهما.

قُلتُ: ظاهر ابن الجلاب، ونص ابن حبيب في النوادر: ائتمان المبتاع جائز، وظاهرها في قسيم المحتبس كذلك في البائع.

الصقلي عن محمد عن ابن القاسم: وضعها عند غير مبتاعها أحسن، فإن وضعت عنده جاز، ولبائعها نزعها لعدل غيره، وليس لأحدهما نقلها من عدل إلا لوجه.

المتيطي: خبر الأمين عن حيضتها بقوله: أخبرتني به جاريتي أو زوجتي مقبول، وأخذه بعضهم من قولها: إن دفع الوديعة لخادمه أو أم ولده فضاعت لم يضمن.

قُلتُ: حفظ الأنساب آكد من حفظ الأموال.

ابن رُشْد: المذهب وجوبها ولو في بيع سلطان أو مسافر.

وروى المتيطي: لا مواضعة على مسافر عابر سبيل إلا بشرط في العقد، وعزاه ابن زرقون لابن شعبان. قال: ونحوه لمالك في المبسوط، وفي صحة شرط إسقاطها في العقد، وبطلانه، ثالثها: يبطلان مطلقًا، ورابعها: إن شرط نقد الثمن، وخامسها: إن تمسك بالشرط لابن رُشْد عن ابن عبد الحكم ولها وللأبهري مع الموازيَّة وابن حبيب واللخمي، وعلى الأول قال الباجي عن ابن حبيب: تخرج من يد المشتري للمواضعة.

ابن رُشْد: وعلى الثاني إن ماتت في كونها من المشتري مطلقًا أو إن ماتت في مدة

استبرائها، روايتا إسماعيل، والمدَوَّنة.

وفيها: قبضها على تركها جهلا كتركها شرطا.

الجلاب: لو قبضها على الأمانة، وجهل كون هلاكها في مدة استبرائها أو بعده ففي كونها من مبتاعها أو بائعها روايتان.

الشيخ عن ابن حبيب: ما به استبراؤها أيامها إن عرفت وإلا فشهر.

المتيطي: ورواه عن مالك وأصحابه محمد: شهر مطلقًا، ولم يحك ابن رُشْد غيره ولا المتيطي غير الأول، وحكاهما الباجي قولين.

وفي صحة إسقاطها بعد العقد قولان لها وللشيخ عن ابن عبدوس عن سَحنون قائلا: كأنه أسقط ضمانها عن البائع لما تعجل من خدمتها، وكذا إن طاعا معًا بذلك كأنه عجل له الثمن بما تعجل من نفعها فهو كسلف بنفع، وذكره ابن رُشْد كأنه من عنده، فقال: فيدخله ابتياع الضمان.

وفيها: إن تبرأ بائع عليه من حمل غير ظاهر بها. وشرط قبضها كوخش، وقال: ما وطئتها ضمنها مبتاعها بقبضه إياها، وفسخ بيعها ما لم تفت فيغرم قيمتها يوم قبضها، أقامت عنده مدة استبرائها أو يوما.

الصقلي عن محمد: هي من بائعها حتى تخرج من الاستبراء في البيع الصحيح؛ ففي الفاسد أحرى، وكمن شرط النقد في بيع الخيار، ورده الصقلي بأن أمد الخيار أبقياه، وأمد المواضعة أسقطاه، إنما يشبهها شرط النقد في المواضعة.

وفيها: فإن كان البائع أقر بوطئها ولم يستبرئ فالبيع فاسد، فإن هلكت فيما لا يكون فيه استبراء فهي من بائعها وولدها به لاحق لا ينفعه شرطه، وإن هلكت بعد مدة فيها استبراء فهي من مبتاعها، وعليه قيمتها يوم جعلناها تحيض في مثله لا ينفعه قوله: لم تحض.

قُلتُ: ظاهرها حيث يضمنها بائعها لا يمين على مبتاعها.

وقال الصقلي عن ابن حبيب بعد يمين المبتاع: ما حاضت عنده.

وقال الشيخ: هذا الذي ذكر ابن حبيب أن شرط البراءة من الحمل في التي أقر بوطئها لا يفسد البيع غير معروف لمالك، وفي المدَوَّنة: يفسد البيع، وكذا في الموازيَّة

عن مالك وغيره.

قُلتُ: لفظ ابن حبيب الذي قال الشيخ هذا أثره، نصه: إن دفعها البائع إليه على التبري من وطئها أو البراءة من حمل إن ظهر بها من غيره، فإن لم تكن رائعة جدا أو هي وسطة فذلك جائز، تدخل في ضمان المبتاع بالعقد، هذا قول من أوضحه لي من أصحاب مالك، وهو منهاج مالك ومذهبه.

قُلتُ: وهذا لمن تأمله لا يدل على ما نسبه إليه؛ لأن معنى قوله: شرط البراءة من وطئها، أنه لم يطأها لا أنه وطئها.

وشرط البراءة مما ينشأ عن وطئه إياها، ولذا غاير بين متعلق البراءة، فقال في الأولى: على التبري من وطئها، وقال في الثانية: البراءة من حمل إن ظهر بها من غيره.

اللخمي: في ضمانها مبتاعها ببراءتها من حمله بقبضه إياها، ولو أقر بائعها بوطئها أو ما لم يقر وإلا فبعد حيضة أو مدتها.

ثالثها: إن كانت من المرتفعات فمن بائعها لمحمد ولها وله أيضًا قائلا: مدة حيضها شهر.

وقولها أحسن، ولا براءة بمضي شهر؛ بل بثلاثة، ورأى إن قال المشتري: هلكت بعد شهر ولا علم لي بحيضها أو قبلها أن يصدق؛ إذ لا دليل على براءتها بأقل من ثلاثة أشهر، ولقول ابن حبيب: إن جاء بها بعد ثلاثة أشهر معيبة، وقال: لم تحض، صدق.

ووجوبها في المشتراة ولو من عبد لسيده اللازم استبراؤها، غير زوجة ولا بينة حمل ولا محتملته من زنا ثبت ولو بعادتها عليه، لا في أول دمها مطلقًا، أو وخشا غير مستبرأة من وطء ربها، وفي وجوبها في معتدة نقل اللخمي ورواية ابن رُشْد مع الصقلي عن سَحنون، وفي مطيقة الوطء غير ممكنة الحمل قولا مالك والأخوين.

ابن رُشْد على القولين في استبرائها.

وسمع أبو الحسن ابن وَهْب: تجب مواضعتها، فإن جهلا مواضعتها فماتت في مدة استبرائها فهي من بائعها.

ابن رُشْد: ومثلها من لا تحمل لكبر.

اللخمي: كلما وجب الاستبراء، ولو لسوء ظن وجبت، فإن أسقطت ففي

الاستبراء الخلاف، وكلما سقط كالمودعة سقطت.

ابن رُشْد: وتسقط في المشتراة أول دمها على ما رجع إليه مالك.

وفيها: حيض العلية المحتبسة بالثمن نصًّا أو بعدم تمكين البائع من قبضها بعد بيعها لغو، وتجب مواضعتها.

وقول اللخمي: هذا على أن المحبوسة من بائعها وعلى أنها من مبتاعها لا مواضعة لدخولها بحيضها في ضمان مبتاعها، واستبراؤها كمودعة رجعت لمالكها في وجوبه واستحبابه وسقوطه، يرد بأن معنى كون المحبوسة من مبتاعها، أنها كمقبوضة من بائعها، وكل مقبوضة في ضمان بائعها حتى تحيض بيد أمين أو يمضي أمده إن قبضها مبتاعها على الحوز، وكلاهما منفي فوجب بقاء ضمانها البائع.

ابن رُشْد: إن بقيت أمة تجب مواضعتها بيد بائعها لائتمانه مبتاعها على استبرائها فوطئها صارت له أم ولد وبطل بيعها، وإن وطئها بعد استبرائها أو كانت وخشا لا مواضعة فيها، وقبض ثمنها حد، وهي وولدها لمبتاعها.

وإن كانت محبوسة به ففي درء حده وردها لمبتاعها إن قبضها على الحوز مع قيمة ولدها وكونها كالأولى قولا ابن القاسم وسَحنون.

والإقالة من علية بعد قبضها مبتاعها إن قبضها على الحوز قبل مضي أمد استبرائها فكبيع وخش، وبعده أو على الأمانة بعده كبيع علي، وقبله كرد مودعة وبعد قبضها أمين من قبل مضي معظم حيضها كمودعة، وبعده طريقان.

الصقلي والشيخ: في كونها كمودعة أو كمبيعة قولان لمحمد ولها.

اللخمي: إن صدق البائع الأمين في أنها لم تكن تخرج ففي سقوط الاستبراء القولان، وإن استقال قبل قبضها منه وحيضها أو بعده ولم تكن تخرج فلا استبراء وإن خرجت فالمواضعة، وفي الاستبراء إن أسقطت خلاف.

وفيها: إن ردت بعيب بعد حيضها لزمت مواضعتها، ونفقتها فيها على المبتاع وإلا فلا استبراء.

سَحنون: يريد لا مواضعة للبائع على الراد بالعيب؛ لأنه لو هلكت كان من البائع، وقال أشهب: لا مواضعة على الراد مطلقًا لانتقاض البيع.

وفي النوادر إثر ذكر قول ابن القاسم، وروى أشهب: ضمانها من البائع في الرد بالعيب، وإنما توضع ليعرف أبها حمل أم لا، وموتها من البائع ولو وطئها المبتاع.

وعزاه اللخمي لرواية محمد ولم يذكر غيره. قال: والأول أحسن؛ لأن الرد بالعيب وإن كان نقض بيع فعلى المشتري أن يردها فارغة كما قبضها؛ لأن الذي يمنع البائع إذا رجعت إليه الوطء هو موجب المواضعة.

المازري: ناقض ابن عبدوس ابن القاسم بقوله: يرد السمسار الجعل برد السلعة بالعيب فجعله نقضا، وجعله في الاستبراء ابتداء، وأجاب بعض المتأخرين بأن قوله في الاستبراء ليس؛ لأنه ابتداء بيع؛ بل هو على أصله، أنه نقض وأوجب فيه المواضعة؛ لأن على المبتاع رد البيع على حال ما أخذه عليه معلوما سلامته من الحمل، وليس له طلبه بالنفقة، وهو ممنوع من وطئها.

المازري: ويؤكده أحد القولين أن وطء المشتري الجارية فوت يمنع ردها بالعيب ويوجب الرجوع بأرشه، وناقضه أيضًا بقوله: من باع عليه قاض عبده بعد عتقه لدينه ثم رد عليه بعيب قديم بعد يسره أنه يعتق عليه، فجعله نقضا، ولم يجب المازري عن هذه المناقضة، وكذلك الصقلي.

ويفرق بأن كتم المفلس عيبه مع تجويزه رده به كالتزام عتقه إن رد.

المازري: وناقض ابن عبدوس أشهب بقوله في المفلس: لا يعتق عليه، وتقدم جوابه في فصل البراءة من كتاب الرد بالعيب، وما أجبت به عن أشهب وجدته هنا للمازري وما كنت أذكره.

بعض القرويين: فسخ بيع أم الولد لا مواضعة فيه بخلاف المدبرة، وعلى القول بعدم فوات بيعها بعتقها هي كأم الولد، والمكاتبة كالمدبرة، ونحوه للمازري.

وقد تقدم قولها وكلام اللخمي في حكم استبرائها.

وشرط نقد المواضعة في عقد بيعها:

فيها: يفسده، وطوعه به بعده جائز في بيعها بتا وبخيار، مذكور في كتابه.

وروى محمد: بيع من لا يعرف المواضعة كمصر يبيعون على النقد، لا يشترطون نقدًا ولا مواضعة صحيح، ويقضي بها وينزع الثمن من البائع إن طلبه المبتاع.

قُلتُ: وإن لم يطلبه لقول محمد: لا يوقف بيد البائع ولو طبع عليه، وفرقوا بينه وبين رهن ما لا يعرف بعينه مطبوعا عليه بأنه في المواضعة عين حقه.

وفي لزوم وقف الثمن بيد عدل نقلا ابن رُشْد عن رواية الثلاثة: ابن حبيب وابن عبدوس ومحمد مع بيوعها الفاسدة، ورواية العُتْبِيّ مع استبرائها.

وأخذ من قولها: حيض المحبوسة بالثمن عليه عند البائع لغو وقفه، ولم يعز ابن محرز وقفه إلا لعبد الملك. قال: وقول مالك بناء على تبدية بائع السلعة بدفعها، وقول عبد الملك بناء على أن التسليم في الثمن والمثمن إنما يكون في حالة واحدة.

فأوقف الثمن ليعتدل الحكم بينهما.

وسمع ابن القاسم: إن دفعها إليه وطلب ثمنها بعد يوم لم يلزم المبتاع حتى تنقضي مواضعتها.

ابن رُشْد: اتفاقًا لرضاه دفعها دونه أولا، ولو هلك الثمن موقوفا، ففي كونه ممن يصير له أو من المبتاع قولها، ورواية ابن رُشْد. قال: وعليه إن تلف الثمن وخرجت سليمة لزمته بثمن آخر، وقيل: يفسخ البيع، ومعناه: إن أراد المبتاع فسخه.

الصقلي: لابن عبدوس عن عبد الملك: هو مخير في أخذها بثمن آخر، ولابن حبيب عنه: فسخ البيع.

ابن عبد الرحمن: إن كان الثمن عرضا لا عينا.

ولو خرجت معيبة ففي أخذها بالتالف أو بآخر، ثالثها: إن عابت قبل تلف الثمن، لابن رُشْد عن أشهب مع ابن القاسم، والصقلي عن سَحنون، وابن الماجِشُون.

وفيها: في بيع الغرر: لا بأس أن تقيل من أمة في مواضعتها لم تحض، فإن أربحته أو زادك شيئًا، فإن لم تنتقد الزيادة حتى تحيض جاز ذلك، وإلا لم يجز، ويجوز للمبتاع بيعها من غير البائع بمثل الثمن أو أقل أو أكثر إن لم ينتقد.

ومدة المواضعة الضمان فيها من البائع في كل حادث.

وفيها: لا ينبغي للمبتاع فيها وطء ولا تلذذ ولا نظر لذة، ولا بأس به لغيرها، فإن وطئها فيها نكل إن لم يعذر بجهل، ولو حاضت بعد ذلك، ولو افتضها ثم حدث بها عيب قبل حيضتها فله ردها به مع ما نقصها الافتراع، وإن لم ينقصها فلا غرم عليه ولا

مهر إلا في الحرة، فإن ولدت لستة أشهر من يوم وطئه لحقه إن لم يكن البائع وطئها أو كان واستبرأها وإلا فهو لمن ألحقته القافة به منهما، ولما دونها للبائع إن أقر بوطئها ولم يستبرئها منه وإلا فلغية.

الشيخ عن سَحنون: إن افتضها فليس له أن يتلذذ منها حتى تحيض إلا أن ترضى بترك عهدة الاستبراء، وبكل ما يظهر من حمل فذلك له إن كان البائع لم يطأها.

قُلتُ: هذا خلاف قولها: من باع أمة من وخش الرقيق وتبرأ من الحمل إن كان بها فلا يطؤها المبتاع حتى تحيض مع قبولهم قول ثالث أنكحتها ألا يحل ما أمر الله به ما نهى عنه.

الشيخ: روى محمد: إن افترعها فظهر بها حمل فأنكره البائع تربص بها، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر برئ منه وله حبسها والرجوع بقيمة عيب الحمل وردها به مع غرمه ما نقصها الافتراع، وإن لم يظهر حمل وحدث بها عيب فله ردها الآن به مع ما نقص الافتراع، ثم إن ماتت بعد رده إياها فهي من البائع، وإن ظهر بها بعد الرد حمل وضعته لستة أشهر فأكثر من وطء المبتاع ردت إليه أم ولد بقيمتها يوم وطئها لا بالثمن؛ لأنه ردها بالعيب أولا، ولو لم يكن ردها بما حدث بها من عيب حتى وضعت لستة أشهر فله ردها بالعيب فتلزمه بقيمتها يوم وطئها وتصير له أم ولد، وقبولها بالعيب فتلزمه بالثمن.

المازري: ولو اختار المبتاع بعد افتراعها الرضا بحادث عيبها في المواضعة، فإن ظاهر المدَوَّنة والموازيَّة أن لا شيء عليه في افتراعها، وتعقبه الأشياخ وقالوا: مقتضى قول ابن القاسم غرمه قيمته؛ لأنه أحدثه وهي في ضمان البائع، فيجب كون أرشه له كالجناية على العبد المبيع، فخيار أرش الجناية عند ابن القاسم للبائع، وعند ابن حبيب للمبتاع، فإن قيل: إنما يتضح الخلاف في جناية الأجنبي وجناية المبتاع تعد إمضاء منه فكانت جنايته على ملكه، فكذا افتراع المبتاع يعد رضا منه بالتزام اشترائها على أي حال كانت بعد حيضتها، فيكون كالواطئ لما استقر في ملكه.

قيل: الفرق بينهما أن جناية المبتاع على خيار إنما تعد اختيارًا؛ لأنه قادر على بته الرافع ضمان البائع، بعد ذلك منه رفعًا له، والمبتاع في المواضعة غير قادر على ذلك؛ لأن

وطأه فيها ممنوع، وقد يكون وطؤه لشهوته لا لرفع الضمان.

ابن محرز: لم يذكر في المدَوَّنة والموازيَّة الحكم في إلزام المبتاع قيمة عيب افتراعها إن رضي بعيبها الحادث في مواضعتها بعد افتراعها، والجاري على ألسنة المذاكرين أن الظاهر فيها أن لا شيء عليه لذلك، وأنه مذهب آخر في الجناية الحادثة في المواضعة، والخيار أنها للمشتري إذا مضى البيع.

وفرق بين الوطء في المواضعة والجناية في الخيار، بأن الواطئ بأول ملاقاته لها وكشفه عنها صار مسقطًا حكم المواضعة، فصار النقص في ضمانه، وكذا جناية العمد في الخيار عند من يراها رضى.

قال: وليس هذا الفرق بشيء؛ لأنه لو كان بأول ملاقاته ضامنًا لها لم يكن له ردها بما حدث بها من عيب في مواضعتها، والمسألة عندي محمولة على ما في الخيار.

وقولها: يردها بالعيب الذي حدث في الاستبراء، يريد بعد استبرائها من وطء المشتري بحيضة أو بثلاثة أشهر مع نظر النساء إليها دون مواضعة على المشتري؛ لأنها لم تخرج من ضمان البائع.

قُلتُ: قوله: يريد بعد استبرائها من وطء المشتري خلاف ما تقدم للشيخ في رواية محمد من قوله: وإن لم يظهر حمل وحدث بها عيب فله ردها الآن إلى قوله: ردت إليه أم ولد.

ابن محرز: إن أراد أن يتمسك بها بالثمن ويأخذ أرش العيب الحادث بعد وطئه ففيه نظر؛ إذ وطؤه تعدٍّ، فإن ظهر بها منه حمل لم يكن له ردها ولا الرجوع للعيب بشيء؛ لأنه إنما حدث بعد حملها منه ويقضى له بها بالثمن المسمى.

وتجري على قولي ابن القاسم وأشهب فيمن وجد عيبًا بعد أن وطئ واستبرأ. قالوا: قول محمد: إن ماتت قبل ردها للبائع فهي منه، إنما يجيء على مذهب أشهب، وقوله: إن بقيت عند البائع فظهر بها حمل وضعته لستة أشهر من وطء المبتاع ردت إليه أم ولد بقيمتها يوم أصابها لا بالثمن، اعترضوه بأنه إذا ثبت أنها أم ولد له بطل ردها فيه ولزمته بالثمن، ويكون ما حدث بها بعد حملها منه لا شيء عليه فيه لبائعها، وينبغي أن يكون عليه ما نقصها الافتراع؛ لأنه أحدثه قبل أن تصير له أم ولد.

وإذا كان المشتري في المبيعة بخيار إذا جنى عليها والخيار لبائعها فالأرش له؛ لأنها في ضمانه، ويحدث للمشتري الخيار بسبب النقص الذي حدث في أيام الخيار، فينبغي في مسألة الاستبراء إذا حملت، فوجب على المشتري أرش افتراعها أن يجب له حق في القيام بعيب الافتراع، وقد فاتت بالحمل فتجب له قيمة عيب الافتضاض على بائعها؛ لأنه حدث في ضمانه، فوجب لكل منهما على صاحبه مثل ما وجب له عليه، فيسقط الحقان؛ لتقابلهما.

قالوا: ويحتمل أن يفرق بينهما بأن المبتاع أحبل الجارية مختارًا لتفويتها بالإنزال بعد وجوب نقص الافتراع عليه فلم يكن له رجوع على بائعها بحق الافتضاض.

قُلتُ: يريد: اختياره إنزاله بعد عيب نقص افتراعها رضي منه بذلك العيب فيسقط حقه فيه. قال: وقول محمد: إن لم يردها حتى وضعت لأكثر من ستة أشهر فله أن يقول: أردها بالعيب الحادث، فتلزمه بقيمتها يوم أصابها أو يوم احتبسها بالثمن المسمى، يعارض بأنه ظهر حملها قبل الحكم بردها، ومعلوم أن العيب الذي حدث بها بعد ثبوت حملها.

قالوا: ويلزم تسليمهم انتقاض الثمن أن يكون لمن وجد عيبًا قديمًا بأمة بعد أن استبرأها، ثم أولدها ردها وترجع إليه بقيمتها معيبة حتى لو كان ثمنها مكيلًا أو موزونًا لرجع به أو بمثله، وغرم قيمتها عينًا.

قد يرد بأن إيلاد المبتاع في مسألة المواضعة هو قبل تمام عيبها؛ لأنه في وقت ضمانها فيه من بائعها، فأشبه وطء ذي شبهة كوطء الأب أمة ابنه بخلاف مسألة العيب، وطء المبتاع فيها بعد كمال ابتياعه.

قال: وقوله: له حبسها بالثمن، ظاهره، ولا يحط عنه للعيب شيء، ووجهه أنه قادر على ردها، فإذا تماسك كان كمن وجد عيبا فتماسك به.

ابن محرز: هذا التشبيه غلط؛ لأن للمشتري حجة باختلاف ما بين الثمن والقيمة في القدر أو الجنس، فكان كمن قام بعيب بعد ما حدث عنده نقص يلزمه فيه غرم.

قالوا: وقوله: إذا افتضها المشتري في حال الاستبراء، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وطئه يدل على أن البكر تحمل دون افتضاض.

قُلتُ: وأشار التونسي إلى بعض ما تقدم أولا، لابن محرز. قال: وكل كلام محمد فيه نظر، تقدم كلامنا عليه في مسائل الموازيَّة.

وسمع ابن خالد ابن القاسم: عتق المشتري المتواضعة إن أقر البائع بعدم وطئها، لازمٌ لا يردها بحمل إن ظهر؛ لأنه رضيه.

الشيخ عن محمد: له الرجوع به إن ظهر، وخرج ابن رُشْد: عدم لزوم عتقها من منع سَحنون إسقاط المواضعة بعد العقد، ونوقض ابن القاسم بسماعه.

أبو زيد: إن حلف لغريم بعتقها فظهر حملها من غير بائعها لم يلزمه إن حنث.

وفرق ابن رُشْد بأن بت العتق نص في ترك عيب الحمل، والحالف إنما قصد الخلاص من غريمه، ومن ابتاع رائعة برائعتين متفاوتتين فأولاهما حيضا كثمن موقوف في سلامته وضمانه، فإن حاضت المنفردة أو العليا قبل الأخرى حلتا لمبتاعهما وموت إحداهن أو ظهور حملها كاستحقاقها أو ظهور عيب قديم بها، وفي انفساخ بيعهن بموت التي هي أدنى أو ظهور حملها قولان لأولى روايتي محمد وله مع أخراهما وسماع عيسى ابن القاسم وكما لها في العيوب.

الشيخ: من ابتاع علية وعبدا تبعا لها، ففي وقف بيعه على تمام بيعها فلا يقبضه مبتاعه قبل حيضتها، وضمانه كثمنها الموقوف، وتمامه دونها فيتعجل قبضه، ويضمنه، نقل محمد روايتي أَصْبَغ وأبي زيد عن ابن القاسم، وللشيخ عن الموازيَّة: لو ابتاعها مع طعام كيل أو دار أو عرض، كل تبع لها فهلك دونها، فإن حاضت فهو من مشتريها وإلا فمن بائعها، ولا يجوز قبض الطعام قبل قبضها؛ لأنه تارة بيع وتارة سلف.

والرجعة تهدم عدة الرجعية كموت الزوج فيها مطلقًا.

وقول ابن شاس عن ابن القصار: إلا أن يريد برجعته تطويل عدتها فلا، وقبوله هو والقرافي، وجعله ابن الحاجب المذهب، وقبوله ابن عبد السلام وابن هارون: لا أعرفه؛ بل نص الموطأ: السنة هدمها، وقد ظلم نفسه إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها، وقبله شراحه.

ولا يهدم عدة البائن نكاحها زوجها؛ بل بناؤه، فلو مات قبله ففي لزوم الحائل أقصى العدتين، وهدمها عدة الوفاة.

قول سَحنون مع الشيخ عن رواية محمد والصقلي عن أبي عمران قائلا: والحامل وضعها للعدتين.

وإن عرض لمعتدة موجب استبراء أو العكس حلت بأقصاهما، ولو فسخ نكاح معتدة بنت فوضع حملها للأول بهدم عدة الثاني، وفي كونه له بوضعه لستة أشهر من يوم نكحها بعد حيضة أو من يوم دخل بها، قول اللخمي مع الجلاب والصقلي عن أَصْبَغ، والشيخ عن العتبيَّة والموازيَّة، وابن رُشْد مع الباجي، وسماع أَصْبَغ ابن القاسم، ونصها، وابن محرز قائلا: عقد الثاني دون وطئه لغو لفساده وصحة فراش الأول.

وقول ابن عبد السلام: روى المدنيون أنه للأول أبدا لا للثاني، ولو وطئها بعد حيضتين لا أعرفه إلا رواية عياض وأبي عمر والجلاب والشيخ: إن علم بالتحريم فهو زان ولا يلحقه ولد، وفي كون وضعه للثاني يحلها منهما إن كانت مطلقة ولزوم تمام عدة الأول.

ثالثها: تأتنفها لعياض عن الشيخ عن ابن القاسم مع رواية أشهب، والأكثر عن محمد مع الباجي عن روايته والصقلي مع عبد الحق عن لفظ الأمهات.

وعن الشيخ مع ابن رُشْد: ورده عياض للثاني، فحمل قوله: تأتنف على ما إذا لم يكن حيض قبل نكاحه قائلا: لا يقول أحد الوضع يهدم ما مضى من عدتها.

قُلتُ: هذا وهم؛ لأنه حينئذ لا يكون للثاني، وأخذ ابن رُشْد الأول من عموم قولها مرة: الولد يجزئها من الزوجين، والثاني من قولها في عدة الوفاة وضع الولد الثاني يحلها، وهو آخر الأجلين، فاعتباره عدة الأول في الوفاة يوجب ائتنافها ثلاث حيض بعد وضعها للثاني، وأخذه عياض من قولها: إن مات زوج المنعي لها بعد قدومه حاملا لم يحلها من عدة وفاته وضعها قاله مالك فيها وفيمن تزوج في عدة وفاة، وفي حملها على ما وصف.

عياض عن فضل: أخطأ من قال: يجزئ وضعه للثاني عن عدة الأول، أو من فرق بين البتات وغيره، وعلى الثاني ظاهر كلامهم للأول رجعتها قبل تمام عدتها منه وبعد وضعها، واختار أبو حفص العطار منع رجعته؛ لأن إتمام عدتها منه إنما هو احتياط.

وتعقب قول الشيخ قول محمد: لو كان وضع حملها من زنا لم يبرها من عدة لزمتها، ولا تبرى بحمل لا أب له إلا ولد الملاعنة لصحة استلحاقه، فإن كونها فراشا يمنعه لوجوب لحوقه بذي الفراش إلا أن ينفيه بلعان فيكون ولد لعان لا زنا.

وأجاب الصقلي بتصوره في امرأة المجبوب والخصي القائم الذكر: لا يلحقه ولد وتعتد منه؛ لأنه يطأ، وعبد الحق بتصوره على رواية نفي الولد بتقاررهما عليه دون لعان أو كانا تلاعنا وأقرت بأنه لزنا.

قُلتُ: يرد بأنه فيهما كولد لعان لصحة استلحاقه، وعزا التونسي قول محمد لأشهب وقال: لا فرق بين حمل الزنا وغيره في دلالته على براءة الرحم.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: وطء السيد أمته زوجة لعبده أو أمة له كناكح المعتدة في الولد، ولو لم يكن حمل والعدة من طلاق، ففي لزوم عدة بعد تمام الأولى أو دونه رواية الجلاب مع رواية الباجي، وروايتها مع الباجي عن ابن القاسم، ورواية ابن وَهْب.

وفيها: إن كانت من وفاة فأقصى الأجلين، فقال: فضل تمام عدة الوفاة غير مندرجة لازم اتفاقًا لمخالفتها عدة الطلاق.

وسوى ابن رُشْد بينهما في لغو الأولى وبقاء حكمها في السكنى والإحداد.

وفي سماع عيسى ابن القاسم: من تزوجت لنعي زوجها ثم قدم وهي حبلى من الثاني، ففرق السلطان بينها وبين الثاني، ثم توفي القادم بعد أيام، ورثته واعتدت منه أربعة أشهر وعشرًا، إن انقضت قبل وضعها انتظرته، وإن وضعته قبل أربعة أشهر وعشرا انتظرت تمامها.

ابن رُشْد: موت المنعي يوجب عليها أقصى الأجلين، مات وهي حامل من الثاني أو في استبرائها منه، وإن طلقها الأول وهي حامل من الثاني فلابد لها من ثلاث حيض بعد الوضع، كمن منع حيضها مرض أو رضاع، وإن طلقها في استبرائها من الثاني كفتها ثلاث حيض من يوم طلاقها على مذهب مالك، وعلى ما روي عن عمر: تستكمل استبراءها من الثاني ثم تستأنف عدة الأول.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من غصبت امرأته فحملت منه لا يطأها حتى تضع،

فإن أبتها زوجها فلابد لها من ثلاث حيض بعد الوضع، ولو لم تحمل من الغاصب كفتها ثلاث حيض للطلاق والماء الفاسد.

قُلتُ: قول ابن رُشْد: إن طلقها وهي حامل من الثاني فلابد لها من ثلاث حيض بعد الوضع إلى آخر تعليله.

وقول ابن القاسم في هذا السماع: فلابد لها من ثلاث حيض بعد الوضع نص في أن دم نفاسها لا يعتد به حيضة خلاف قول ابن محرز.

قول محمد: لا بد لها من ثلاث حيض؛ يعني: وتحسب دم نفاسها قرءا، وجعله عياض محل نظر، ثم نقل عن أَصْبَغ مثل لفظ ابن القاسم المتقدم.

ابن الحاجب: ووضعه من الفاسد يهدم أثر الفاسد، ولا يهدم في المعتدة للوفاة اتفاقًا فعليها أقصى الأجلين.

قال ابن عبد السلام: ما حاصله قوله ظاهر في إمكان بقاء عدة الوفاة بعد وضعه وهو ممتنع؛ لأن الفرض أن العدة الصحيحة هي الأولى، وأنها من وفاة، وهي أربعة أشهر وعشر، ومحال تأخرها عن وضع حمل لستة أشهر من وطء بعد حيضة بعد الوفاة.

قال: وإنما قصد -والله أعلم- إلى تحصيل ما في المدَوَّنة، والذي فيها: لا يرد عليه هذا؛ لأنه قال في آخر كلامه: وعدتها منهما وضع الحمل ألحقت الولد بالأول أو بالثاني، وهو فيهما أقصى الأجلين.

قُلتُ: هذا التعقب وهم، واستدلاله عليه بقوله: عدة الوفاة أقل من مدة الحمل المذكور، والوفاة متقدمة على وطء الحمل المذكور فمحال تأخرها عنه، يرد بأن هذا إنما لزم من قصر كلامه على فرض أن عدة الوفاة هي الأولى، مع كون وطء حمل النكاح الفاسد بعد الوفاة وذلك غير لازم؛ بل لفظه مطلق أو عام في ذلك، وفي كون وطء النكاح الفاسد قبل الوفاة وهذا واضح فيه، تقرر كون عدة الوفاة متأخرة عن وضع حمل الوطء المذكور؛ أما ما زعم قصر لفظه عليه وقرره بما ساق من لفظ المدَوَّنة فواضح، وأما ما ادعيناه نحن فهو قولها: والمنعي لها زوجها إذا اعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها الأول ردت إليه، وإن ولدت الأولاد من الثاني، ولا يقربها القادم إلا بعد العدة من ذلك الماء بثلاث حيض أو ثلاثة أشهر أو وضع حمل إن كانت حاملا، فإن

مات القادم قبل وضعها اعتدت منه عدة الوفاة، ولا تحل بالوضع قبل تمامها ولا بتمامها دون الوضع.

قُلتُ: فإذا علم أن وفاة الأول وهي في خامس شهر من شهور حملها من الثاني أمكن تأخر انقضاء عدة الوفاة لها عن وضع حمل الثاني، فإن قلت: فرض المسألة أن العدة الصحيحة -وهي عدة الوفاة- هي الأولى، ومسألة المنعي لها هي فيها ثانية؛ لأن موت الأول متأخر عن نكاح الثاني.

قُلتُ: ليس الأمر كذلك، وتأخر موته عنه غير موجب تأخر عدة وفاته عن عدة فرقة نكاح الثاني؛ لأن فرقتها من الأول بموته، ومن الثاني بفسخ نكاحه، وثبوت موته هو السبب الموجب لفسخ نكاح الثاني؛ فعدة الوفاة فيها سابقة على عدة فسخ نكاحها الثاني ضرورة وجوب تقدم السبب على مسببه حكما وعادة؛ لأن الحكم بالفسخ يتوقف على موجبات شرعية يتأخر الحكم بالفسخ عنها في العادة تأخرا بينا، فبان بهذا لمن تأمل وأنصف أن لفظ ابن الحاجب من أشد العبارات؛ لوضوح صادقيته على مسألتي المدَوَّنة حسبما قررناه، والله تعالى أعلم.

وولد ذات فراشي نكاح لأولهما: إن كان وطء ذي الثاني قبل حيضة أو وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم وطئه وإلا فله، فإن نفاه من هو له منهما لاعن دونها؛ لأنه نفاه لفراش الآخر فيلحقه، فإن نفاه تلاعنا، ومن نكل منهما حد ومن أقر به منهما بعد لعانها أولا لحقه دون الآخر، ولو أقرا معا للأول، وإقرار الأول بعد لعانه قبل لعان الثاني لغو، وفي حرمتها على الأول بلعانه، ثالثها: إن لاعنت الثاني لابن رُشْد عن أَصْبَغ، ومحمد مع سَحنون، والصقلي لهما، بناء على أن الفرقة بلعان الزوج أو الزوجين، والصقلي عن أَصْبَغ، وفي حد الأول: إن أقر بعد لعانها الثاني نقلا ابن رُشْد عن ذوي الأولين.

وولد الموطوءة بنكاح وملك أو شبهة للنكاح إلا أن يكون وطء الثاني بعد مدة براءة رحمها.

قال في التهذيب: إن أتت أم ولد الابن بعد وطء الأب إياها بولد لحق بالابن إلا أن يكون معزولا عنها قبل وطء الأب بغيبة في مثلها استبراء فيلحق بالأب.

عبد الحق نقله: يلحق بالابن إلا أن يكون معزولًا عنها على ما ذكر ليس في الأمهات: يلحق بالابن، إنما قال: ينظر، فإن كان الولد غائبا عنها غيبة في مثلها الاستبراء فالولد للأب، ولم يذكر إذا لم يكن معزولا عنها، هل يلحق بالابن؟

والذي ينبغي إذا وطئاها في طهر واحد أن يدعي للولد القافة كوطء مالكين، لشبهة الأب في مال ولده، وقاله لي بعض شيوخنا القرويين، ثم وجدناه نصا لعبد الملك في كتاب أمهات الأولاد من المستخرجة:

إذا وطئ أمة ابنه ثم وطئها الابن فحملت، وقد وطئاها في طهر واحد يدعى لهما القافة، ولفظها في الأمهات: إن جاءت بولد بعدما وطئها نظر، فإن كان الابن غائبا قبل ذلك غيبة يعلم في مثلها أن قد استبرئت فالولد للأب؛ لأن مالكًا قال: من زوج أمته غلاما فوطئها سيدها بعد دخول زوجها بها فولدت ولدًا، إن كان الولد غير معزول فالولد له، وإن كان معزولا أو غائبًا استوقن أنها حاضت بعده، واستبرئ رحمها فالولد للسيد، وترد الأمة لزوجها، فكذا الأب في جارية ابنه.

قال عبد الحق: فلم يذكر أن الولد يلحق بالابن، إنما تكلم إذا غاب غيبة في مثلها استبراء، وسكت عن غيرها، فإن قيل: مثلها بمسألة من زوج أمته غلاما ثم وطئها سيدها، وقال في هذه: إن كان العبد غير معزول عنها فالولد له، فكذا إذا كان الولد غير معزول عن أم ولده يكون الولد له، فلذا نقلها أبو سعيد كما ذكر.

قلنا: الفرق بينهما أن زوجة العبد فراش له فكان بالولد أولى من سيد زوجته، وأما في وطء الأب أم ولد ابنه فليس ههنا زوج له فراش؛ بل هما كمالكين وطئاها.

قُلتُ: لفظ اختصار أبي سعيد كالشيخ وتفريق عبد الحق بأن الزوجة فراش يرد بأن أم الولد كذلك. وقد يفرق بأن فراش الإيلاد أضعف؛ لأنه يقبل ورود فراش عليه مع بقائه ضرورة صحة تزويج أم الولد، مع بقاء حكم إيلادها بدليل رجوعها لفراش إيلادها عند انقضاء التزويج الطارئ عليه وعدته، وفراش النكاح يمتنع ذلك عليه، وذكر القافة يأتي في آخر أمهات الأولاد إن شاء الله تعالى.

وفيها لابن القاسم: من اشترى معتدة من طلاق، وهي فيمن تحيض وارتفعت حيضتها، حلت بسنة من الطلاق وثلاثة أشهر من الشراء.

الصقلي لسَحنون: لا مواضعة في معتدة بعقد شرائها يضمنها المبتاع.

عبد الحق: إن تمت عدتها لوفاة بعد شرائها بيوم لم تحل إلا بحيضة ولا مواضعة فيها، ولو حاضت بعد البيع قبل تمام العدة حلت بتمامها، ولو ظهر بها حمل لم ترد به إن وضعت لستة أشهر من يوم الشراء.

الصقلي: لدخوله على ذلك بالزوج المرسل عليها.

وفيها روى ابن وَهْب: لا يجردها المبتاع لينظر إليها عند البيع، ولا يتلذذ منها في عدتها لطلاق أو وفاة.

عياض: يؤخذ منه جواز تجريد الجارية عند التقليب للنظر إليها، كما في خيارها خلاف ما في الواضحة وغيرها، وتقدم في فصل استبراء العتق قول القابسي وتعقبه فتأمله.

وقال هنا: إن رفعتها حيضتها في عدة طلاق لم توطأ، وإن قالت القوابل بعد ثلاثة أشهر: لا حمل بها إلا بعد حيضتين أو سنة، وفي عدة الوفاة إن قلن: بعد ثلاثة أشهر قبل تمام تسعة أشهر لا حمل بها حلت لانقضاء عدة الوفاة بشهرين وخمس ليال؛ لأن الريبة زالت، والعدة في الوفاة قبل الريبة، والمطلقة عدتها بعد الثلاثة الأشهر التي هي لزوال الريبة.

وفيها لمالك: من اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لا استبراء عليه.

عياض لابن كنانة: يستبرئ غير المدخول بها.

قُلتُ: وذكر هذا القول في آخر كتاب العدة رواية فيها لابن عيسى.

وقال ابن عبد السلام: أظن في بعض نسخ الجلاب من نكح أمة ثم اشتراها فعليه استبراؤها. قال: وأجاب بعضهم عن استشكال استبرائها؛ لأن الماء ماؤه، فإن فائدته ظهور كون الولد من وطء الملك، فتكون به أم ولد اتفاقًا، أو من وطء النكاح فتكون به أم ولد باختلاف.

قُلتُ: لم أجده في نسخة من نسخ الجلاب بوجه، وهذا اللفظ الذي ذكره عن الجلاب خلاف لفظ عياض.

قال ابن كنانة في غير المدخول بها: يستبريها، ومفهومه: أنه لا يستبرئ في المدخول

بها، ولاسيما على ما تقدم لبعضهم من التعليل.

وفيها لابن القاسم: من باع زوجته الأمة بعد شرائه إياها وقبل أن يطأها بعد شرائها، فإن كان بعده فبحيضتين، ها هنا عدة لفسخ نكاحها. قال مالك: ولو اشتراها بعد حيضة بعد طلاقه استبرأها مشتريها بحيضة.

عياض: قوله: يستبرئها المشتري بحيضتين لفظ مشكل على أصله الذي بينه بقوله: لو اشتراها وقد حاضت بعد طلاقه حيضة ثم باعها بعين: ولم يصبها فاستبراؤها حيضة؛ لأن بها تمت العدة، ومعنى المسألة أنها لم تحض عند زوجها بعد استبرائها إلى أن باعها.

وفي المبسوط لابن القاسم: تستأنف حيضتين من يوم باع لا من يوم طلق، وهذا نحو ما تقدم، وقد وهم الرواية شيخنا أبو الوليد وقال: الصواب من يوم طلق، وهو معنى ما في المَدَوَّنة.

وفيها: إن عجز مكاتب اشترى زوجته بعد البناء أو مات فإن لم يكن وطئها، فقد قال مالك: مرة بعد مرة عدتها حيضة، ثم قال: أحب إليَّ حيضتان، وقول مالك: إن كل نكاح فسخ فعلى المرأة عدتها التي تكون في الطلاق، وإن وطئها بعد شرائها فحيضة استبراء لهدم وطئها عدة النكاح.

ابن القاسم: وقوله: الآخر أحب إليَّ حيضتان أن من يوم الشراء، ولو مات أو عجز بعد أن حاضت عنده حيضتين استبرأها سيدها بحيضة، ولو خرجت حيضة، فقال المكاتب: لم أطأها بعد شرائها، فلا بأس أن تنكح مكانها؛ لأنها خرجت من ملك إلى حرية لا من ملك لملك.

عياض: اختلاف قوله في مسألة المكاتب في استبرائها بحيضة أو حيضتين إنما ذلك لغيره لا له؛ إذ له وطؤها بملك يمينه للحين.

وقيل: هذا الخلاف مبني على الخلاف في الاستبراء من الفسوخ، هل هو استبراء أو عدة؟ وقيل: ليس من هذا الباب، إنما هو هل إباحة الوطء للمكاتب مبطل لحكم العدة كنفس الوطء وهادم لها أم لا؟

قُلتُ: الإجراء الأول هو قول ابن محرز من مذاكري هذا الوقت، من قال: هذا

الاختلاف جارٍ في كل فسخ، وإن كل نكاح فسخ مختلف في قدر استبرائه كاختلاف قول مالك في هذه، وهذا غلط، إنما يذهب إلى هذا من لم يبلغه فكره إلى معرفة معناه، فيفزع إلى الاستراحة من إتعاب فكره إلى التعلق بظاهر الاختلاف فيها، ومعنى المسألة عندي أن هذا المكاتب لما اشترى زوجته صارت إلى حالة إباحة الوطء بملك اليمين، والوطء لما أبطل حكم الاعتداد كانت إباحته كذلك.

فإن قيل: قد قالوا: من خالع امرأته ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تبقي على عدتها الأولى، ولم تكن إباحتها له تقوم مقام الوطء في إسقاط حكم العدة الأولى، قيل: يحتمل أن يكون هذا القول في هذه المسألة جاريا على أحد القولين في المسألة الأولى.

وأحسب أني رأيت في هذه المسألة اختلافا أيضًا، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن ملك اليمين منافٍ للنكاح، فكذا فيما يعلق به من الأحكام كالعدة وغيرها، فلذا لا يصح أن تكون له مباحة بملك اليمين ومعتدة من نكاحه، ولذا لا يجب لها عليه سكنى عدة.

والذي تزوج امرأة بعد ما خالعها لو طلبت منه كراء المسكن بقية عدتها وجب لها ذلك، وإن كان عليه النفقة والسكنى بحق هذا التزويج الثاني، ولو طلق زوجته الأمة قبل أن يشتريها ثلاثا ثم اشتراها لا ينبغي أن تمر في عدتها؛ لأنها غير مباحة له بهذا الملك.

فإن قيل: فيمنع أن تكون في عدة الفسوخ قولان.

قيل: لا؛ لأنه قد نص على الخلاف فيه، ولكني أمنع أن يوجد في هذه المسألة، وأن يجري في هذه عليه.

قال ابن عبد السلام في قوله: لو طلبت منه كراء المسكن بقية عدتها وجب لها نظر؛ لأنه إن أراد به كراء ماضي عدتها قبل أن يراجعها فمسلم؛ لأن ذلك دين في ذمته، والنكاح لا ينافي الدين، وإن أراد به في عدة الزوجية التي بين عقد المراجعة والطلاق الثاني فممنوع، ولأن المنافاة حاصلة، ألا ترى أن المعتدة من الطلاق البائن محرمة على زوجها في العدة، والمراجعة مباحة.

قُلتُ: قوله: إن أراد به في هذه الزوجية التي بين عقد المراجعة والطلاق

الثاني فممنوع.

يرد بأنه منع لما دلت القواعد الجلية على ثبوته فوجب سقوطه، وبيانه أنه لو مضى من عدة طلاقها الأول حيضة ثم راجعها أول طهرها منه ولم يبن بها حتى حاضت حيضة ثانية ثم طلقها فهي في مدة الحيضة الثانية، وهي مدة التزويج؛ إن كانت معتدة لزم صحة ما قاله ابن محرز فمنعه دون سند ساقط؛ لأنه منع لما دل الدليل على ثبوته، وإن كانت غير معتدة لزم حل تزويجها غيره بنفس طلاقه إياها إن لم تفتقر عنده لعدة، وإن افتقرت إليها لزم ابتداؤها ثلاث حيض أو حيضتين، وكل ذلك خلاف المذهب فتأمله.

وقوله: ولأن المنافاة حاصلة إلخ رد منه لقول ابن محرز؛ لأن الاعتداد من نكاحه الأول لا ينافي ما دخل فيه من النكاح الثاني، وهو المعبر عنه في كلامه بالمراجعة يوجب حليتها، والحلية منافية للحرمة.

ويرد اعتراضه هذا: بأن مراد ابن محرز بالمنافاة الكائنة بين النكاح والملك المنفية بين الاعتداد من النكاح الأول وما دخل فيه من النكاح الثاني، هي المنافاة بين الشيئين المانعة من صحة طريان أحدهما على الآخر، وهذه كائنة بين الملك والنكاح ضرورة امتناع طرو النكاح على الملك، وليست هذه المنافاة كائنة بين الحرمة اللازمة للاعتداد من نكاحه الأول، وبين مراجعته إياها ضرورة صحة ترتب مراجعتها على حرمتها باعتداده من النكاح الأول بتلك، والنصوص واضحة بتغليب حكم استصحاب ما ثبتت حرمته على حليته، ولغو احتمال رفع حرمته، وفي عبارة ابن الحاجب وغيره عن هذا المعنى هنا بالاحتياط نظر؛ لأن الاحتياط إنما هو في احتمال الحرمة والإباحة دون تقرر سبق الحرمة، فإمساك من شك في غروب الشمس ليس احتياطا، والإمساك في أول يوم الشك احتياط منه.

نقل اللخمي في قولها في الأيمان بالطلاق: من طلق إحدى امرأتيه اللتين بنى بإحداهما، ومات قبل انقضاء العدة، وجهلت المطلقة منهما، على كل واحدة أربعة أشهر وعشر؛ لأنه مات على زوجة واحدة، ولم يعلم أيتهما هي، ولو كان الطلاق ثلاثا وعلمت المطلقة كان عليها ثلاث حيض من يوم الطلاق، وعلى الأخرى أربعة أشهر

وعشر، وإن لم تعلم المطلقة ومات قبل مضي ثلاث حيض فعلى كل واحدة أربعة أشهر وعشر؛ لإمكان أن تكون هي المطلقة، وثلاث حيض من يوم الطلاق لإمكان أن تكون هي المطلقة.

وعليه قال ابن شاس: من مات عن نسوة منهن من نكاحها فاسد، بحكم من علم صحة نكاحها أو فساده واضح، ومن أشكل أمرها فعليها أقصى الأجلين.

ومنه مسألة أم الولد يموت عنها زوجها وسيدها وتقدم ذكرها، وعبر عنها ابن الحاجب بلفظ: وكالمستولدة المتزوجة يموت الزوج والسيد ولا يعلم السابق منهما، فإن احتمل ما بينهما عدة الأمة فأربعة أشهر وعشر من موت الثاني وحيضة فيها أو إلى تمام تسعة أشهر، وهذا على أن استبراء المستولدة كذلك، لا على أنه ثلاثة أو ستة، فإن لم تحتمل فأربعة أشهر وعشر من موت الثاني.

قُلتُ: قوله: إن احتمل ما بينهما عدة الأمة في دلالته على أنه لو كان بينهما شهران وخمس ليال فهو كالأقل منهما، وهو ما تقدم لابن شلبون، وهو قول عبد الحق غير معزو، كأنه المذهب، أو كالأكثر، ولا أعرفه نصا، والأول أظهر؛ لأن قوله: (ما يحتمل عدة الأمة) إنما يريد به ما يسع عدة الأمة، لا الإحتمال الذي هو بمعنى الشك، فعدة الأمة مظروفة فيه، والظرف غير المظروف، فيكون ما بين المدتين ظرفا لعدة الأمة، فهو معها أكثر منها وحدها.

وقوله: (لا على أنه ثلاثة أو ستة) يقتضي أن في المذهب قولة بأن عدة أم الولد من سيدها إذا استبرأت بعدم حيضتها سنة، وقبله ابن عبد السلام، ولا أعرفه بوجه.

وفي نوازل ابن الحاج: الحيضة الواجبة عليها مع الأربعة أشهر وعشر إنما يجزيها إذا كانت في الشهرين والخمسة الأيام الأخيرة من الأربعة أشهر وعشر، وإن كانت في الشهرين والخمسة الأيام الأول من العدة لم يجزئها؛ لأنها في عدة الزوج، ويمكن أن يكون الزوج مات أولا فيكون عليها شهران وخمس ليال، فوجب عليها ثلاثة أشهر بموت السيد إذ هي ممن لا تحيض، وهذا ما لم ترتب في العدة، فإن ارتابت فيها فعدتها أربعة أشهر وعشر، وتنتظر أقصى الريبة ثم حلت، إلا أن يكون بين الموتين أكثر من الأربعة أشهر وعشر والريبة، فإن كان كذلك اعتدت أربعة أشهر وعشرا، وبعد الريبة

إن جاءها حيض حيضة، وإن لم يأتها حيض ثلاثة أشهر؛ لأن السيد إن مات في الريبة لم تحل له فلم يجب عليها شيء بموت السيد، وإن كان مات بعد الريبة فقد حلتا له فوجب عليها الاستبراء بموته.

ابن محرز: إن كانت ممن لا تحيض في مقدار هذه الأشهر فلابد لها من الحيضة بعد أن تعتد بالأربعة الأشهر وعشر من يوم آخرهما موتا، وإن كانت ممن تحيض في مقدار الأشهر التي يعتد بها، فإن حاضت فيها أجزت عنها وإلا رفعت إلى تسعة أشهر عدة المسترابة من آخرهما موتا، وناب لهما ذلك عن الأمرين معًا؛ لأنها مسترابة من نكاح، والتسعة الأشهر تنوب عن استبراء الملك.

قُلتُ: ومن تأمل هذا تبين له ضعف نقل ابن الحاجب المتقدم لا على أنه ثلاثة أو ستة.

قال ابن محرز: ولو كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال، وقالت: إني لم أحض تلك المدة؛ إرادة أن تسقط عن نفسها العدة من سيدها؛ لأنها لا تكون بزعمها أنها لم تحض حلت للسيد، فإن كان سمع منها ذلك في حياة السيد صدقت وإلا لم تصدق، لأنها تتهم إن لم يكن سمع ذلك منها أن تسقط عن نفسها ما لزمها من العدة للسيد في الحكم الحق الظاهر بغالب العادة، كقول مالك فيمن طلق زوجته فأقامت مدة طويلة ثم مات فزعمت أنها لم تحض إلا حيضة واحدة: إن كانت تذكر في حياته ذلك صدقت وإلا فلا لتهمتها على الميراث، لما كان ظاهر أمرها أنها بانت قبل موته.

قال ابن شلبون: لو كان بين الموتين شهران وخمس ليال لم يلزمها حيضة؛ لأنها لم تحل للسيد.

قال ابن محرز: لو جاءت هذه بولد، فقال بعض المذاكرين: إما أن تلحقه بمن شاءت منهما، وقال بعضهم: بل هو لاحق بالزوج لتيقن فراشه وعدم تيقن فراش السيد، ولو علم تقدم موت الزوج ومات السيد بعد عدتها من زوجها وما علم منه إقرار بالوطء، فيحتمل أن يلحق بالسيد وليس لها إلحاقه بالزوج، ويحتمل أن يلحق بالزوج دون السيد؛ لأن فراش السيد غير مستيقن لما لم يعلم إقراره بالوطء.

وفراش الزوج معلوم، ألا ترى أن من تزوج امرأة في عدتها، ولم يلحق بها أن الولد

يلحق بالأول دونه، وإن كانت تصير فراشا بعقد النكاح لكنه لم يطأها، فكان فراش الأول أثبت حرمة.

قُلتُ: يرد هذا بأن سبب كونها فراشا للسيد سبب صحيح، وسبب كونها فراشا إن تزوجت في العدة فراش فاسد، فلا يلزم من إلغائه إلغاء السبب الصحيح.

قال ابن الحاجب: فإن لم يحتمل ما بينهما عدة الأمة فأربعة أشهر وعشر، وحكم الحيضة ما في عدة الحرة للوفاة.

ابن هارون: يعني: أن الخلاف يجري في اشتراط حيضة في تلك الأشهر، كما في عدة الحرة للوفاة.

وزاد ابن عبد السلام قوله: وسكت في المَدَوَّنة عن ذكر الحيضة؛ بل تقسيمه للمسألة وتنويعه الكلام عليها يدل على سقوط الحيضة في هذه العدة؛ لأنه قال: إن كان بين الموتين أقل من شهرين وخمس ليال فأربعة أشهر وعشر، وإن كان أكثر فأربعة أشهر وعشر فيها حيضة، فلو وجبت الحيضة في القسم الأول كما في الثاني لما كان للتنويع معنى، وإنما اختلف حذاق الشيوخ هل هذا الحكم مطرد في المَدَوَّنة في كل عدد وفاة فلا تجب فيها حيضة لإسقاطه لها في هذا الموضع، أو الفرق بين هذا وغيره؛ لأن الأربعة الأشهر والعشر هنا وجبت بالنص؛ بل رفعا للشك، فلا تجب زيادة الحيضة؛ لأن إيجابها في عدة الوفاة إنما هو لرفع ريبة في تلك العدة، ولاسيما على المشهور هناك، وفي هذا الموضع لم يتحقق وجوب هذه العدة حتى تراعى الريبة فيها.

والحاصل أن رعي الريبة هو من اعتبار وصف الواجب، وذلك الواجب لم يتحقق حصوله باعتبار تلك الريبة من باب اعتبار الشك المركب، وهو مطرح في الفقهيات.

فإن قلت: قد اعتبرت الحيضة فيها إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال.

قُلتُ: اعتبارنا لها هنا كاعتبار عدة الحرة لا رعيا لتقدير شك في حال هي أحوال عدة الحرة.

قُلتُ: ما عزاه للمَدَوَّنة من التقسيم إنما هو لسَحنون، ونصها: قال ابن القاسم: لم أسمع من مالك فيها شيئًا، وأرى أن تعتد بأكثر العدتين أربعة أشهر وعشر مع حيضة

لا بد منها.

قال سَحنون: هذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال، وإن كان بين الموتين أقل من شهرين وخمس ليال اعتدت أربعة أشهر وعشرًا.

قُلتُ: فتقسيم سَحنون راجع إلى لزومها عدة وفاة الحرة مع عدة أم الولد من وفاة سيدها؛ لاحتمال موته عنها بعد أن حلت له في القسم الأول، وإلى لزومها مجرد عدة وفاة الحرة فقط؛ لعدم احتمال موت سيدها عنها بعد أن حلت له.

قال ابن عبد السلام: لو وجبت الحيضة في القسم الأول كالثاني لما كان للتنويع معنى.

قُلتُ: المانع من التنويع بمعنى التقسيم بين شيئين إنما هو تماثلهما، أما إذا تخالفا بأمر فلا، وهو في آخر كلامه قد أخذ بمخالفة كل منهما الآخر؛ حيث قال: حيضة عدة الوفاة وجبت للشك، وحيضة أم الولد من سيدها وجبت لوجوبها بموت السيد، وما ذكره عن بعض الحذاق أن هذا الحكم مطرد في المدَوَّنة في كل عدة وفاة لم أجده لأحد من مشاهير أهل المذهب لا لابن محرز، ولا لعبد الحق، ولا للخمي، ولا للصقلي، ولا لأبي عمران، ولم يذكره أبو إبراهيم، فالله أعلم من أين نقله.

قال ابن الحاجب: ولا بد مما تحل به الأمة المعتدة للوفاة من موت الأول.

ابن عبد السلام: يعني أن قوله في هذه المسألة من موت الثاني إنما هو للاحتياط، فإن أوجب رعي حال موت الأول زيادة احتياط اعتبر ذلك.

قُلتُ: في هذا الكلام نظر؛ لأنه يقتضي صحة فرض زيادة الاحتياط على ما ذكر من حكم المسألة وذلك ممتنع فتأمل ذلك.

وقال ابن هارون: لما قرر أن العدة من موت الثاني ذكر أصلا مضافا إليه، وهو أنه لا بد من اعتبار ما تحل به من موت الأول، وتفسيره ما تقدم.

قُلتُ: حمله على هذا محض تكرار لما تقدم، والأظهر أنه غير راجع للمسألة المفروضة، وأنه تأسيس حكم في شبهها، كمن تزوج أمة رجل ثم وطئها سيدها في حياة زوجها ثم مات فعليها حيضة من وطء سيدها، ولا بد معها من شهرين وخمس ليال من وفاة زوجها.

[باب في الإحداد]

الإحداد: ترك ما هو زينة ولو مع غيره، فيدخل ترك الخاتم فقط للمبتذلة.

وقول ابن الحاجب وابن محرز: ترك الزينة المعتادة يبطل طرده؛ لصحة سلب الزينة المعتادة عمن لبسته مبتذلة(1).

(1) قال الرَّصاع: قول الشيخ: وقول ابن الحاجب إلخ ظاهره أن ابن الحاجب اختص به، وقال شارحه: إن الفقهاء وشراح الحديث فسروه بذلك وغيرهم، وما أورده من عدم طرده معناه أن المرأة إذا كانت غير مبتذلة، وتركت الزينة المعتادة في حياة زوجها أو لم يكن لها زوج يصدق في حقها الحد وتوصف بذلك، وليست هذه الصورة من الإحداد؛ لأنه لمحدود هو إحداد الزوجة المتوفى عنها، وليس في الحد ما يخرج صورة الاعتراض، ولا يخرج ذلك تقييد الإحداد؛ لأنه المحدود كما أشار إلى نظير ذلك في حد المطلق وفيه بحث؛ لأن لقائل أن يقول الصورة الواردة كما أوردت على رسم ابن الحاجب، فكذلك ترد على رسم الشيخ، وليس في حده ما يخرجها فتأمله.

هذا إن فهم على هذا وهو ما كان يتقدم فيه، وإن قلت فهم على غير هذا فالاعتراض وارد إلا أن يقال إن الشيخ قال: ترك ما هو زينة؛ أي: ترك الزينة المطلقة والصورة الواردة لا يصدق عليها ترك الزينة المطلقة؛ لأن الباقي عليها هو زينة في الجملة، ومعنى كلام حد الشيخ في قوله: ترك ما هو زينة أتى بالترك وصيره جنسا، ولم يقل أن تترك كما قدم في المواضعة، وقال ما هو زينة، ولم يقل ترك الزينة فظاهره أنه مقصود، وأن ما موصولة لا مصدرية، ولا شك أن القصد إنما هو ترك الشيء الذي تتقرر به الزينة مما هو معلوم التزين به، ولم يقل ترك الزوجة الزينة، ولا بد من التقييد بذلك، ولم يقل لزوجها فتأمله، ولو قال ترك ما هو زينة، ولو مع غيره لزوجة مات زوجها لكان حسنا قالوا والمرأة إذا عقلت كان ذلك واجبا عليها، وإلا فعلى وليها فعل ذلك بها وفي الذمية والنصرانية خلاف قوله: (ولو مع غيره) معناه ترك ما هو زينة وحده أي ما يتزين به كثوب الزينة وحده، وما يتزين به ولو كان مع غيره ليدخل في ذلك من كان عندها زينة مع حلي أو خاتم، ومن كان لها خاتم وهي مبتذلة ولا زينة لها فيجب عليها طرح الخاتم كما ذكر الشيخ قالوا: ولو كان حديدًا، وهو صحيح.

(فإن قلت): ظاهر كلام ابن الحاجب أنه جعل لزوم دار السكنى إلا لضرورة؛ لأنه رتب ذلك على الحد وصيره نتيجة عنه، وليس في الإحداد إلا ترك الزينة المعتادة، وأما لزوم الدار فليس منه.

(قُلتُ): يتأول كلام ابن الحاجب: ولا يبقى على ظاهره؛ لأن ذلك ليس من الإحداد كما هو معلوم، والله الموفق للصواب.

(فإن قلت): الشيخ: ذكر الزينة في الحد ولم يبينها والزينة يختلف حالها باختلاف العرف فعرف بأمر مجهول.

=

وفيها: يجب على كل معتدة لوفاة، ولو كانت ذات رق، صغيرة.

الباجي: إن عقلت الامتثال أمرت به وإلا فقال عيسى: يجنبها أهلها ذلك.

وفي الكافي: قيل: لا إحداد على صغيرة ولا ذمية.

وفي وجوبه على امرأة المفقود في عدة وفاة سماع ابن القاسم، ونقل ابن رُشْد عن ابن الماجِشُون مع سَحنون.

وفي الكتابية قولان لها ولابن نافع فيها، وعزاه أبو عمر له مع أشهب وروايته:

اللخمي عن محمد: يدوم إحداد المسترابة مدة استرابتها.

ابن حبيب: ولو بعد خمس سنين، وعلى قول أَصْبَغ: إن تزوجت مسترابة بتأخر حيض أو مستحاضة بعد الأربعة الأشهر وعشر لم يفسخ نكاحها تمادى إحدادها بعدها احتياط لا إثم في تركه.

قلت لابن حارث: قال سَحنون: لا إحداد على المرتابة بعد أربعة أشهر وعشر، وروى ابن عبد الحَكم: إحداد الحامل حتى تضع، والمرتابة حتى تنقضي ريبتها، وسمع ابن القاسم: لا تمس الحامل طيبا حتى تضع وإن قعدت سنين.

وفيها: لا تلبس حليا ولا قرطا ولا خاتم حديد ولا خلخالًا ولا سوارًا، ولا تمس طيبًا ولا تدهن بزنبق أو بنفسخ أو خيري، ولا تمتشط بدهن مربب ولا حناء ولا كتم، وتدهن بالشبرق والزيت، وتمتشط بالسدر وشبهه مما لا يختمر في رأسها.

وسمع القرينان: من توفي زوجها وقد امتشطت أتنقض مشطها؟

(قُلتُ): أحال في ذلك على عرف كل موضع، وما يعد زينة عندهم عرفا، وليس فيه جهالة بل ذلك محال على ما تقرر في عرف كل شخص، وقد قال القاضي: كل لون تتزين به النساء تمنع منه الحاد، وهذا هو التحقيق في زينة الحاد وابن الحاجب هنا كلامه معترض في قوله لا تلبس مصبوغا إلخ انظره.

(فإن قلت): الزينة هل تعم اللباس وغيره.

(قُلتُ): نعم تعم اللباس وغيره من دهن وطيب ومشط وغير ذلك.

(فإن قلت): إذا مات عنها زوجها، وقد كانت تطيبت هل يصدق فيها الحد.

(قُلتُ): نعم، ونصها كذلك أنها يجب عليها زوال الطيب كما يجب زوال زينة اللباس والله سبحانه الموفق بمنه وفضله.

قال: لا، أرأيت إن كانت مختضبة كيف تصنع؟

ابن نافع: وهو رأي ابن رُشْد: يريد: إن كانت امتشطت بغير طيب، ولو كان بطيب أو تطيبت في سائر جسدها لوجب عليها غسله، كما يجب عليها نزع ثوب الزينة، وكما يجب على الرجل يحرم وهو متطيب غسل طيبه.

قُلتُ: قول ابن رُشْد: يريد: إن كانت امتشطت بغير طيب يقتضي منعها من الامتشاط بغير طيب، وهو خلاف متقدم قولها: تمتشط بالسدر، ولما نقل الباجي لفظها قال: ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشيء من الطيب، فروى أشهب في العتبيَّة وذكر ما تقدم، وهذا خلاف ما تقدم لابن رُشْد.

وقول ابن رُشْد: لو كان بطيب أو تطيبت لوجب عليها غسله إلى آخره، خلاف قول عبد الحق في تهذيبه. قال بعض شيوخنا: إذا لزمتها العدة وعليها طيب فليس عليها غسله بخلاف من أحرم، وعليه طيب.

عبد الحق: يحتمل أن يفرق بينهما بأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه، فلو شاء نزع الطيب عنه قبل أن يحرم وبأن فيما دخل على المرأة من وفاة زوجها والاهتمام به شغلا لها عن الطيب.

قال: وفي الموازيَّة: لا تحضر حاد عمل طيب، ولا تتجر فيه ولو كان كسبها.

وللبرقي عن أشهب: لا تدخل الحمام ولا تطلي بالنورة، ولا بأس أن تستحد، والكحل لها تداويا معرى عن الطيب، ظاهر المذهب جوازه اتفاقًا.

وفي وجوب مسحه بالنهار قولان للباجي عن رواية محمد: إن اكتحلت لضرورة بالصبر فلتمسحه بالنهار، مع رواية الشيخ: لا تكتحل إلا أن تضطر فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب فيه، ولظاهرها.

الباجي: وجدت لمالك ولم أتحققه: لا تكتحل بإثمد ولا بذي سواد ولا بذي صفرة ولا بذي طيب وإن اشتكت عينها.

ومعناه: إلا أن تدعو لذلك ضرورة، وأشار في الموطأ أنها تكتحل بما فيه صبر للضرورة، وهو المعروف من المذهب.

قُلتُ: ففيه بما فيه طيب لضرورة، ثالثها: وتمسحه نهارا لظاهرها، ولعبد الحق عن

رواية المختصر، وله مع الباجي عن رواية محمد، وقال في رواية المختصر: لا تكتحل إلا أن تضطر فتكتحل ليلا وتمسحه بالنهار من غير طيب يحتمل أنها لم تضطر للطيب، وأطلقها عبد الحق.

وفيها لمالك: لا تلبسوها من الثياب المصبغة ولا من الحلي شيئًا.

قيل: أتلبس المصبغة من هذه الدكن والصفر والمصبغات بغير الورس والزعفران والعصفر؟ قال: لا ولا صوفا ولا قطنا ولا كتانا صبغ بشيء من هذا إلا أن تضطر لذلك لبرد ولا تجد غيره. وقال عروة: إلا أن تصبغه بسواد.

قُلتُ: ظاهر قول مالك أولا: منع لبس الأسود، وفسر اللخمي المذهب بجوازه، وعزاه الباجي لرواية محمد. قال: وفيها تلبس أبيض الحرير.

قال القاضي: وأسوده والسابري.

الباجي: يريدون بالأسود: الغرابي لا السماوي. فإنه يتجمل به.

وقال القاضي: كل لون يتزين به النساء تمنعه الحاد.

اللخمي: وهذا أحسن، وأرى أن تمنع الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء، وكذا رفيع السواد، ولا تمنع الأخضر ولا الأزرق الرديء، وتمنع النفيس من الحرير، وإن لم تجد إلا مصبوغا باعته أو غيرته بسواد، وقد يستخف بقاؤه بحاله إن كان في تغييره فساد.

وفيها: لا تلبس رقيق عصب اليمن، ووسع في غليظه، وتلبس رقيق البياض كله من الحرير وغيره، ولا تلبس خزا.

الصقلي: في المختصر لمالك: إلا أبيضه وأسوده.

وفيها: لا تتزين الأمة الحاد للبيع بما لا تلبسه الحاد، وقول ابن الحاجب: ولا تلبس مصبوغا إلا الأسود والأدكن إلا أن لا تجد غيره خلاف متقدم نصوصهم.

فضل: روى علي: يستحب لها إذا تمت عدتها أن تتطيب لئلا تزيد في الإحداد.

وقال ابن القاسم: هي مخيرة.

وفي الحج الثاني منها لمالك: يستحب لمن حل من إحرامه الأخذ من لحيته وشاربه، وتقليم أظفاره، وفعله ابن عمر.

وتلزم المعتدة مقامها في مسكنها حين وقوع سبب عدتها طلاق أو وفاة، والتهمة

على نقلها منه لطلاقها بغيره توجب ردها إليه.

اللخمي في الموازيَّة، وظاهره لابن القاسم: من اكترى منزلا نقل إليه زوجته فلما سكنه طلقها لزمه ردها لمسكنها الأول.

ويجب للمدخول بها على زوجها سكناها لفرقة حياة، ولو لفسخ مجمع عليه.

وفي ثالث نكاحها: إذا وقعت الفرقة بينهما وهما مجوسيان أو ذميان وقد بنى بها فرفعتها حيضتها فلها السكنى؛ لأنها إن كانت حاملا اتبعته بما في بطنها، وكذا من نكح ذات محرم ولم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى؛ لأنها تعتد منه، وإن كان فسخا.

وفي وجوبها لها بالوفاة:

ثالثها: إن كان مسكنها له ولو بعارية أو حبس.

للمتيطي عن ابن كنانة، وابن القصار مع رواية ابن خويزمنداد وتخريج اللخمي على رواية ابن نافع في المطلقة التي لها السكنى: تسقط بموته في العدة كنفقة الحمل، والمشهور معها. قال: والأول أولى لحديث الفريعة.

قُلتُ: هو رواية مالك عن سعد بن إسحاق، عن كعب بن عجرة، عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة: أن الفريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا، حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي فإني لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة، فقال رسول الله ﷺ: نعم. قالت: فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعا بي أو أمر بي فدعيت له، فقال: كيف قلت؟ فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجي. قالت: فقال: امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله.

قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرًا.

قالت: فلما كان عثمان أرسل إلي، فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به[1].

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/591 في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، وأبو داود: رقم (2300) في الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل.

أخرجه أبو داود.

قال تقي الدين ابن دقيق العيد: ثم ذكره الحاكم من وجهين، وذكر أنه صحيح الإسناد من الوجهين معًا.

وحكي عن محمد بن يحيى الذهلي أنه قال: حديث صحيح.

وأخرجه ابن ماجه من حديث أبي خالد الأحمر عن سعد، وفيه: فجاء نعي زوجي وأنا في دار من دور الأنصار شاسعة عن دار أهلي، وفيه: امكثي في بيتك الذي جاء فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله[1].

قُلتُ: وقال عبد الحق: ذكره الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، وقال علي بن أحمد: زينب هذه مجهولة لم يرو حديثها غير سعد بن إسحاق بن كعب، وهو غير مشهور بالعدالة.

مالك وغيره، يقول: فيه إسحاق بن سعد، وسفيان يقول: سعيد، وقال أبو عمر أن في هذا الحديث: حديث مشهور معروف عند علماء الحجاز والعراق.

ابن القطان: اتبع عبد الحق الحديث بتصحيح الترمذي له، وقول ابن حزم: زينب مجهولة، لم يرو حديثها غير سعد بن إسحاق، وهو غير مشهور بالعدالة. وارتضى هو هذا القول من علي بن أحمد، ورجحه على قول ابن عبد البر أنه حديث مشهور.

وعندي أنه ليس كما ذهب إليه؛ بل الحديث صحيح، فإن سعد بن إسحاق ثقة ممن وثقه النسائي، وزينب ثقة، وفي تصحيح الترمذي إياه توثيقها وتوثيق سعد بن إسحاق، ولا يضر الثقة ألا يروي عنه إلا واحد، وقوله: (مالك يقول فيه: إسحاق بن سعد، وسفيان يقول: سعيد)، كذا وقع إسحاق بن سعد، وقد نبه عليه في نسخ أنه كذلك وقع، وهو خطأ، صوابه سعد بن إسحاق كما ذكرنا.

قُلتُ: قول ابن حزم: لم يرو حديث زينب غير سعد بن إسحاق، وقبوله عبد الحق وابن القطان يرد بأنه إن أراد لم يرو عنها إلا سعد فليس كذلك.

قال الإمام المزي في كتابه تهذيب الكمال في أسماء الرجال في الكتب الستة: روى

---

(1) أخرجه ابن ماجه: رقم(2031) في كتاب الطلاق باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها.

عنها سعد بن إسحاق وسليمان بن محمد، وخرج لها الأربعة: أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه، وإن أراد أنه لم يرو عنها هذا الحديث إلا سعد فليس ذلك بعلة فيه حسبما ذكره ابن الصلاح وغيره.

وذكر المزي: سليمان بن محمد، وقال: ابن محمد بن يحيى بن عروة بن الزبير خرج له الأربعة: أبو داود ومن بعده.

وقوله في سعد غير مشهور العدالة، ذكر المزي أنه خرج له الأربعة، وهذا مع توثيق النسائي له، وعدم رميه بجرحة كافٍ في شهرة عدالته له.

وفيها: للملاعنة السكنى، ورجح ابن رُشْد قول إسماعيل القاضي: لاسكنى لها. قاله ابن عات.

وفيها: لا سكنى لمعتدة غير مدخول بها إلا أن يكون أسكنها مسكنا له، ولو بكراء نقد عوضه، ومن دخل بصغيرة لا يجامع مثلها فلا عدة عليها ولا سكنى لها في طلاق، وعليها عدة الوفاة ولها السكنى إن كان ضمها إليه. والمنزل له أو نقد كراء ما اكترى لها، وإن لم يكن نقلها اعتدت عند أهلها، وكذا الكبيرة يموت عنها قبل البناء إن كان أسكنها دارا له أو اكتراها ونقد الكراء كانت أحق بالسكنى مدة عدتها وإلا فلا سكنى لها.

عبد الحق عن بعض القرويين: قوله: إن نقد الكراء إنما هذا؛ لأنه أكرى كل سنة بكذا، بدليل قوله: إن لم ينقد الكراء غرمته المرأة إلا أن يطلب منها صاحب المسكن ما لا يشبه؛ إذ لو كان الكراء في سنة بعينها لم يكن له أن يطلب ما لا يشبه من الكراء؛ لأن العقد قد لزمه، فإن كان أكراها سنة بعينها كانت أحق وإن لم يكن نقد.

الصقلي: وذكر غيره من القرويين: أن أبا قرة رواه كذا، وهو خلاف ما في الموازيَّة وغيرها: أن نقده شرط في كونها أحق في السنة بعينها.

وروى محمد: إن مات وبقي من المدة بقية ولم ينقد؛ الكراء لازم للميت في ماله، ولا تكون أحق بذلك، ويحاص الورثة في ذلك ولهم إخراجها، إلا أن تشاء أن تسكن في حصتها وتؤدي كراء حصتهم.

الصقلي: برضاهم، وإن نقد بعض الكراء سكنت في حصة ما نقض، والحكم فيما

لم ينقد كما تقدم، فإن أكروا منها لزمها المقام، ولهم إخراجها كصاحب الدار بعد المدة، وعلى شرط النقد مطلقًا حمل اللخمي المسألة، وعزاه لمالك، وكذلك الباجي، ولما ذكر ابن زرقون من كلامه أن للورثة إخراجها إن لم يكن نقد.

قال: ولابن كنانة في المبسوطة: ليس للأجنبي إخراجها إلا لعذر، ولا له أن يزيد عليها في الكراء على ما كان أكراه من الزوج، فعليه لا ينظر إلى رضا الورثة.

قُلتُ: إن كان قول ابن كنانة: ولو كان أكراها من الزوج وهو عزب، فتخريجه الورثة عليه تام وإلا فرق بدخول المكري على ذلك بخلاف الورثة.

ولأبي عمران: إن مات بعد نقد كراء المسكن وقبل أن تسكنه فليس لها أن تنتقل إليه ولتعتد حيث كانت.

قُلتُ: أخذه بعضهم من قولها: إن مات قبل البناء فلا سكنى لها إلا أن يكون اكترى لها منزلا نقد كراءه ومات وهي فيه.

قُلتُ: وتكررت المسألة في الباب الثاني في مواضع رتب فيها كونها أحق على مجرد نقد الكراء.

الصقلي عن ابن عبد الرحمن: إن أخذ الزوج الصغيرة ليكفلها فقط فلا سكنى لها، وأظن أن ابن الموَّاز ذكره.

ابن حارث: اختلف في الصغيرة التي لا يدخل بمثلها إن أسكنها زوجها في حياته ثم مات. فقال ابن القاسم: هي أحق بالسكنى لتمام عدتها.

وقال ابن عبدوس في كتاب الشرح.

قال سَحنون: كيف تكون أحق وإنما هو متطوع لها في حياته؟

قُلتُ: ففي كون الصغيرة المضمومة أحق، ثالثها: إن ضمها لا لمجرد كفالتها، لابن حارث عن ابن القاسم وابن عبدوس مع سَحنون وابن عبد الرحمن مع محمد.

وفيها لمالك: تعتد الأمة المتوفى عنها زوجها حيث كانت تبيت ولأهلها نقلها معهم.

حمديس: قولها لأهلها نقلها معهم خلاف قولها لا يبيعها لمن يخرجها في العدة، فإذا لم يجز ذلك لمشتريها فبائعها أولى، وقبله الصقلي وابن عات وغيرهما، وساقه ابن محرز سؤالا من عند نفسه، وأجاب بأن قال: إنما يمنع المبتاع من إخراجها في العدة، ولو أراد النقلة لبلد آخر بها لجاز له كبائعها، وقوله: لا يبيعونها ممن يخرجها؛ يريد ممن يرى أنه يتعدى في إخراجها.

ابن محرز واللخمي وغيرهما لابن القاسم في الموازيَّة: إن بوئت مع زوجها بيتا لم يجز لأهلها نقلها حتى تنقضي عدتها.

أبو عمران: هو معنى المدَوَّنة وقبله ابن عات، وفيه نظر لقولها: إن انتجع سيدها لبلد آخر فله أن يخرجها معه كالبدوية، والبدوية تنتقل مع أهلها، وقد بوئت مع زوجها بيتا.

فإن قلت: يرد هذا تفرقتها بعد هذا بين أن تبوأ معه بيتًا أو لا.

قُلتُ: إنما ذلك في وجوب السكنى على زوجها وسقوطها، ولا يلزم من وجوبها عليه منع انتقال سيدها بها كالحرة البدوية.

اللخمي: إن كانت غير مبوأة انتقلت مع سيدها؛ لأن حكمها بعد العدة كالحكم قبلها، وله قبلها أن ينتوي بها ويتبعها زوجها، وإن بيعت على ألا يسافر بها مشتريها حتى تتم عدتها اعتدت حيث كانت عند السيد أو الزوج، وانتقال السيد الأول والمشتري يختلف لا يسقط حكم مسكنها عند سيدها الأول إلا بانتقاله، فإن انتقلا لبلد واحد بقيت عند سيدها الأول، وإن كانت مبوأة في عدة وفاة، ولا مسكن للميت؛ لأنه كان في كراء وانتقضت الوجيبة، وكان الحكم رجوعها إلى السيد فللمشتري أن ينتقل بها، وقبله ابن عات، وفي قوله: وكان الحكم رجوعها للسيد نظر؛ لأنه لم يكن لها اختصاص به، لأنها قد بوئت مع زوجها بيتا، وبالبيع انقطعت نسبتها إليه.

وفيها: إن عتقت أمة تحت عبد فاختارت فراقه فلها عليه السكنى إن كانت بوئت معه بيتا.

قال مالك: إن كانت لا تبيت عند زوجها اعتدت حيث كانت تبيت، لا شيء عليه

من سكناها، إنما يلزم الزوج ما كان يلزمه حين طلقها، وما حدث بعد ذلك لم يلزم الزوج منه شيء، هذا نصها.

ونقله عياض بلفظ فرق بين أن تبوأ معه بيتا أم لا. قال: ثم قال: إنما حالها اليوم بعد ما طلقها كحالها قبل أن يطلقها في ذلك، ولم أسمعه من مالك.

قال بعض الأندلسيين: قوله هذا يدل أن سكنى العدة تبع لسكنى العصمة، ويدل أن المرأة إذا طاعت لزوجها بسكناه بها دارها دون كراء ثم طلقها فطلبت منه كراء العدة لم يلزمه، وبه أفتى أبو عمر ابن المكوي[1] وابن القطان وقال به الأصيلي.

وقال القاضي ابن زَرْب وابن عتاب: عليه الكراء.

وقال اللخمي: لأن المكارمة قد زالت بالطلاق، ومثلها بمسألة التي يسكن بكراء في منزل اكترته فطلقت، ولم تطلب الزوج بكراء حتى انقضت العدة. قال: ذلك لها.

ابن عات: قال ابن رُشْد: قول ابن المكوي وهم؛ لأن مسألة الكتاب إنما تكلم فيها على ما يوجبه الحكم، وذلك غير مفترق في العصمة والعدة، ثم ذكر ما تقدم للخمي من اعتبار مودة العصمة كأنه من عند نفسه. قال: ولو كتبت له إسقاط خراج دارها أمد العصمة وتوابعها لم يكن عليه شيء، ولو قالت: أمد العصمة فقط، لزمه اتفاقًا فيهما، وأفتى ابن الطلاع في ذلك بغرمه نصف كراء المثل.

وفيها: إن مات أو طلق في سيرهما لحج رجعت فيما قرب كثلاثة أيام لا يفسخ كراء كريها إلا إن أحرمت أو بعدت كالمدينة من مصر.

ابن عات: قال ابن عبد الرحمن: هذا في حج الفرض، وترجع في التطوع والرباط ولو بعدت.

---

(1) هو: أحمد بن عبد الملك الإشبيلي المالكي، يكنى أبا عمر بن المكوي، كبير المفتين بقرطبة، انتهت إليه رئاسة العلم بالأندلس في زمانه، صحب أبا إبراهيم إسحاق بن إبراهيم الفقيه، وتفقه عنه وعن غيره من فقهاء وقته، وعليه تفقه الحافظ أبو عمر ابن عبد البر، وأخذ عنه المدَوَّنة، صنّف كتاب (الاستيعاب) في مذهب مالك، في عشرة مجلدات، توفي سنة: 401هـ عن سبع وسبعين سنة.
وانظر ترجمته في: العبر في خبر من غبر: 198/2، وسير أعلام النبلاء: 149/17، وهدية العارفين: 71/1.

وقال أبو إسحاق: لم يذكر هل هو حج فرض أو تطوع، وذكر الخلاف في الغزو بعد إقامة الأشهر والسنة هل ترجع أم لا، وإن مات بالطريق رجعت لم يذكر فيه خلافا، والغزو قربة وفضل لا فرق بينه وبين حج التطوع، وكان يجب في الغزو إن مضت أكثر من يومين أنها لا ترجع ولا ترجع بعد وصولها، وتمضي إن أحرمت كموته في اعتكافها، وانظر لو كان مقامها في الموضع الذي ليس فيها حق آدمي كظئر استؤجرت بشرط مكثها بدار أبوي الصبي فمات زوجها.

قال أبو إسحاق: أعرف في هذا فسخ إجارتها وترجع إلى بيتها بخلاف حق الله تعالى في الإحرام والعكوف.

قُلتُ: هو الجاري على قولها: من قطع يمين رجل ثم سرق قطعت يمينه فقط للسرقة، ويلزم عليه أن من ورث أخاه وقد كان الميت وأجره سنة أن تسقط باقي الإجارة، ويعتق إلا أن يقال: الاستئجار لا ينافي الحرية فيمضي عقد الإجارة، ويكون الأجر للعبد.

اللخمي: قول مالك: ترجع عن الحج وإن لم تبعد، ولم تحرم بناء على عدم فوره، وعلى أنه على الفور لا ترجع ولو لم تبعد، وكذا لو لم تكن خرجت كان عليها أن تخرج.

وعن عائشة وابن عباس والحسن وأحمد وإسحاق: للمعتدة أن تحج في عدتها من الطلاق.

ابن عبد السلام في قوله: كان عليها أن تخرج نظر، فإنه حينئذ يكون كواجبين تعارضا فيسلك مسلك الترجيح.

قُلتُ: قد قرنه بالترجيح، وهو قول عائشة وابن عباس، وقول الصحابي مرجح حسبما ذكره في كتاب الترجيح، ولأن الحج أحد قواعد الإسلام.

وفيها: لابن القاسم: لا تخرج لحج الفرض حتى تتم عدتها، وإن مات في خروجه بها لغزو أو غيره أو لإقامة الأشهر لا لانتقال رجعت، ولو وصلا لتمام عدتها ببيتها.

اللخمي: روى محمد: من خرج إلى المصيصة بعياله ليقيم بها الأشهر أو السنة اعتدت امرأته بها. قال: وقول مالك الأول أحب إليَّ.

اللخمي: اعتبر مالك مرة طول المدة وهو أحسن، والسنة وما قاربها انقطاع،

ومسكن أقامت به هذه المدة أولى من الأول، ولو كان له داران سكناه بإحداهما فانتقل للأخرى ليقيم بها سنة وما قاربها، فمات بالمنتقل إليها اعتدت بها، ولو كان موته في أول سكناه.

وفيها: كل من أمرت بالرجوع إن كانت لا تصل حتى تنقضي عدتها لم ترجع ولتقم بموضعها أو حيث شاءت.

ابن القاسم: ولا تنتجع انتجاعا بعيدًا، ولا ترجع إن بعدت أو في الحج إلا مع ثقة وإلا قعدت حتى تجده.

اللخمي: إنما ترجع من مسيرة يوم وليلة مع ذي محرم أو جماعة لا بأس بهم وإلا أقامت، فإن كانت في غير مستعتب تمادت مع رفقتها إليه، إن رجت ثقة ترجع معه قبل تمام عدتها وإلا تمادت.

وفيها: ترجع لبقية عدتها إن كان ما ترجع إليه تدركه قبل انقضاء عدتها.

قال اللخمي وبعض الفاسيين: إن كان لما تدركه قدر.

قُلتُ: الأظهر أقله ما يشترط في مسافته الثقة يوم وليلة.

وفيها: إن نقلها اعتدت حيث نقلها، فإن مات في مسيرهما اعتدت في أحدهما، ولو بعدا، والمقام بموضع موته أو تعدل حيث شاءت؛ لأنه مات ولا قرار له، وكذا الطلاق بائنا أو رجعيا.

ابن عات: إنما تنتقل لما لا يبعد؛ لأنها مخاطبة بالتحفظ، فليس لها جعل عدتها بالقفار، ولو اكترى بالبلد المنتقل إليه منزلا ومات قبل انتقاله إليه وقبل أن تتخذ مسكنا كانت كمن لا مسكن لها تعتد حيث شاءت من تلك المدينة أو غيرها إن قرب، ولو مات بعد انتقاله لما اكتراه اعتدت به.

أبو عمران: إن طلقها في سفره فلزمها الرجوع إلى وطنها فعليه كراء رجوعها، وانتقال الأمة بانتقال سيدها تقدم.

وفيها: تنتوي البدوية حيث انتوى أهلها لا حيث انتوى أهل زوجها، الانتواء: البعد.

عياض: أخذ بعضهم منه أنه إنما لها ذلك إن كان رحيلهم لبعد، وإن كان لقرب

بقيت لتمام عدتها.

قُلتُ: سئلت عمن ماتت، فأراد زوجها دفنها في مقبرته، وأراد عصبتها دفنها في مقبرتهم، فأجبت بأن القول قول عصبتها أخذا من هذه المسألة لفقد النص فيها.

وفيها: إن كانت في قرار فانتوى أهلها لم تنتو معهم، وإن انتوى زوجها فمات رجعت للعدة في بيتها.

قوله: (رجعت للعدة في بيتها) يدل أنه لم ينتقل للبادية رفضا للإقامة، ولو كان رفضها لها لكانت كالبدوية.

وفيها: لا تنتقل من مسكنها إلا لضرر لا قرار معه كخوف سقوطه أو لصوص بقرية لا مسلمين بها، وإن كانت بمدينة لم تنتقل لضرر جوار، ولترفع ذلك إلى الإمام.

قُلتُ: ضابطه إن قدرت على رفع ضررها بوجه ما لم تنتقل، وحملها ابن عتاب على الفرق بين القرية والمدينة؛ لأن بها من ترفع إليه أمرها بخلاف القرية غالبا.

اللخمي: وإن وقع بينها وبين من يساكنها شر، فإن كان منها أخرجت عنه، في مثله جاء حديث فاطمة بنت قيس، وإن كان من غيرها أخرج عنها، فإن أشكل الأمر أقرع بينهم.

قُلتُ: إنما يقع الإخراج للشر بعد الإياس من رفعه بزجر من هو منه، وقبل ابن عات وابن عبد السلام وغيرهما قوله أقرع بينهم، والصواب إخراج غير المعتدة؛ لأن إقامتها حق لله، وهو مقدم على حق الآدمي حسبما تقدم عن قرب.

وفيها: حكمها فيما انتقلت إليه كما انتقلت عنه، وإن انتقلت لغير عذر ردها الإمام، ولا كراء لها فيما أقامت في غيره.

الصقلي عن ابن عبد الرحمن: الفرق بينها وبين ما إذا هربت من زوجها أن لها النفقة؛ لأن السكنى حق لها تركته، والهاربة زوجها قادر على ردها بالحكم، فحق النفقة باقٍ عليه، ولو كان عاجزًا عن ردها لم تكن عليه.

ابن عات: أقام منها ابن الشقاق ألا نفقة لناشز.

ابن رُشْد: الفرق بينهما أن الكراء تعين لها في ذلك المسكن لا في ذمته.

اللخمي: لا كراء لها إن خرجت عن مسكن يملكه الزوج أو اكتراه وجيبة ولم

يكره بعد خروجها، فإن أكراه رجعت بالأقل مما اكترت أو أكرى به الأول، ولها نفقتها إن كان طلاقها رجعيا، ولو خرجت بغير رضاه، والكراء بخلاف النفقة؛ لأن المطلقة لا منفعة له فيها، ولو ارتجعها فامتنعت من الرجعة سقطت من حينئذ نفقتها.

وفيها: لها التصرف نهارًا والخروج سحرًا قرب الفجر، وترجع ما بينها وبين العشاء الآخرة.

اللخمي: قول مالك: لا بأس أن تخرج قبل الفجر، وأرى أن تحتاط للأنساب، فتؤخر خروجها لطلوع الشمس، وتأتي حين غروبها.

ابن عات: ويدخله قول ابن القاسم أن لها الرجوع إلى ثلث الليل، ورواية مُطَرِّف وقول محمد: إلى قدر هدو الناس، وقول: إلى نصف الليل.

لقولها في الحج: لا دم على من بات في غير منى ليالي منى إلا أن يبيت جل ليلة.

قُلتُ: مسمى المبيت في حق المعتدة أضيق منه في غيرها.

اللخمي: روى محمد: لا أحب كونها عند أمها النهار كله. وسمع ابن القاسم: للمتوفى عنها الخروج للعرس.

ولا تبيت إلا في بيتها، ولا تتهيأ بما لا تتهيأ به الحاد.

ابن رُشْد: هذا إن لم يكن فيه من اللهو إلا ما أجيز في العرس.

وفيها: تبيت المعتدة من دارها حيث كانت تبيت، ولو كانت دارا ذات بيوت في إحداها متاعها وسكناها فلتعتد فيه، وتبيت من بيتها هذا وأسطوانها وساحة حجرتها حيث شاءت، وإن كان بها مقاصير لقوم فلا تبيت إلا بمقصورتها.

أبو عمران: كل ما تقطع فيه إن سرقت منه مما هو محجور عليها لا تبيت فيه، وما لا تقطع فيه تبيت فيه.

قُلتُ: كأنه تعريف بمساوئ أو أخفى.

عياض: بينه في كتاب إسماعيل القاضي. قال: تبيت في جميع ما كانت تسكنه في حياة زوجها.

قال بعض المتأخرين: وهو كل ما لو سرقت منه من دار زوجها لم تقطع.

عياض: فيه نظر، وما ذهب إليه الأبهري وابن القصار: ألا تبيت إلا حيث كانت

تبيت استحسان، ولعل كلامه في الكتاب على هذا.

ابن عات: قولها خلاف ما في الموازيَّة: لا تبيت إلا في البيت الذي كانت تبيت فيه.

وسمع سَحنون ابن القاسم: من طلقت البتة فكان لها السكنى في دار زوجها فمات فقسمت تركته ولم يصر لها ما يسعها مسكنا، على الورثة أن يوسعوا لها مسكنا مدة عدتها.

ابن رُشْد: إن كانت الدار ذات بيوت تقسم فللورثة قسمها، إن صار للمرأة ما يسعها فليس لها غيره، وإن ضاق عن مسكنها فعليهم أن يوسعوا لها ما يكفيها، كما قال: وهذا على أن للمرأة أن تعتد حيث شاءت من مساكن الدار التي كانت تسكن مع زوجها، وأن تصيف في قاعة الدار، وإن لم تكن تصيف فيها مع زوجها، وهو قول ابن القاسم وروايته فيها، وعلى رواية محمد: لا تصيف إلا في المكان الذي كانت تصيف فيه معه، فيلزمها العدة حيث كانت تسكن معه، وعلى قوله: تسكن في ذلك المسكن بعينه على كل حال اقتسم الورثة الدار أم لا.

وفيها مع غيرها: المتوفى عنها أحق بسكنى دار الميت من غرمائه، وتباع ويشترط سكناها مدة عدتها.

الصقلي وابن رُشْد وغيرهما: قال ابن عبد الحَكم: لا يجوز البيع بهذا الشرط؛ لأنه غرر ويفسخ.

وسمع أبو زيد: إن بيعت عليه، فلما مضى أربعة أشهر وعشر ارتابت فلها السكنى حتى تخرج، وهي مصيبة نزلت به.

سَحنون: ولو تمادت لخمس سنين لعلم المبتاع أقصى العدة خمس سنين، كأنه قدم على علم منه.

ابن رُشْد عن سَحنون: إن ارتابت خير المشتري بين فسخ البيع عن نفسه والتماسك على أن لا يرد عليه البائع شيئًا، ومثله في الواضحة، واختاره محمد. قال: لأن البيع إنما يقع على استثناء العدة المعروفة.

ولو وقع البيع بشرط الاسترابة كان فاسدًا، وتعقبه التونسي، فقال: إن كان البيع بشرط الاسترابة لا يجوز لغرر كونها سنة أو خمسا، فإذا ملك الخيار في الأخذ والرد كان

أخذه على أن تسكن المرأة إلى انقضاء ريبتها، كابتداء الشراء على ذلك إلا أن يكون على أحد القولين فيمن خير بين شيئين أنه لا يعد منتقلا.

ولا أدري معنى تخريجه هذا؛ إذ لا خلاف فيه، كما لا خلاف في أنه لا يجوز بيع سلعة بعشرة نقدا وبخمسة عشر إلى أجل على الإلزام.

وإنما يتخرج جواز ذلك على القول بأن لمن ابتاع سلعًا استحق أكثرها على العدد التماسك بما بقي بمنابه من الثمن، ويحتمل كون معنى قول محمد: أنه مخير بين الرد والتماسك على أنه بالخيار في الرد ما لم تنقض الريبة، لا على أنه يتمسك به على أن البيع لازم طالت الريبة أو قصرت، وهو أولى ما يحمل عليه قوله.

قُلتُ: يرد تعقبه بالاتفاق على المنع في البيع بعشرة نقدًا وبخمسة عشر لأجل؛ لأنه للغرر ببيعتين في بيعة لا للانتقال.

وقول ابن الحاجب: والبيع بشرط زوال الريبة فاسد خلافًا لسَحنون؛ لأنه دخل على العدة.

قال الباجي: بناء على الخيار، وإلا فلا أثر للشرط، ظاهره أن قول سَحنون نص له وليس كذلك، إنما هو تخريج للباجي على قول سَحنون، كذا هو للباجي، وهو بناء على أن كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه، وفيه بحث تقدم في الصرف.

الباجي: إنما يجوز هذا في عدة الوفاة؛ لأنها أيام محصلة، وذلك إذا دعا الغرماء الورثة لبيعها، ولا يجوز في عدة الطلاق.

قُلتُ: في تهذيب عبد الحق ذكر لي أنهما سواء في الجواز.

زاد المتيطي: قال بعض القرويين: وليس بصواب.

اللخمي: إن قام الغرماء والمسكن ملك للزوج بيع، واستثني أمد العدة، كانت عدة طلاق أو وفاة، وإن كان بكراء ونقد فهي أحق من ذلك الكراء بقدر العدة وبيع الباقي للغرماء، وإن لم ينقده والعدة من طلاق فللمكري أخذ مسكنه أو إسلامه، فتكون الزوجة أحق به، ويضرب المكري مع الغرماء فيما سواه، وإن كانت لوفاة لم يكن المكري أحق ولا الزوجة، وبيع للغرماء والمكري أحدهم، وإن لم يكن عليه غرماء بيع له وليس له أخذه.

ابن عبد السلام: في قول أهل المذهب بتقديم حق المعتدة على الغرماء نظر؛ لأنه يوجب كون حقها بعد الموت وانقطاع الزوجية أقوى منه في الحياة مع بقاء العصمة، فيكون التابع أقوى من متبوعه، هذا خلاف؛ لأن سكنى العدة إنما وجبت تبعا لسكنى الحياة.

قُلتُ: تقريره أنه كلما كانت سكنى عدة الوفاة تبعا لسكنى الحياة، كان التابع أقوى من متبوعه وهو خلف، والملزوم حق فاللازم حق، وجوابه أن كون الشيء تبعا للشيء يطلق باعتبارين:

الأول: وهو المعروف عندي أنه تبع له في القصد والطلب والمصلحة، كمال العبد، ومؤنة الأذان، والإقامة لمؤنة الإمامة ونحوهما.

الثاني: أنه تبع في الوجود لتأخره عنه، وسببيته عنه ككون رد السلام تبعا للسلام، وكون ثواب الهبة تبعا للهبة ونحوهما، خوف التطويل منع من تكثير ذكر أمثالهما.

إذا تقرر هذا قلنا: إن أراد بتبعية سكنى عدة الوفاة المعنى الأول سلمنا الملازمة ومنعنا حقية الملزوم؛ لأن تبعية سكنى العدة لسكنى الحياة ليست من المعنى الأول بحال؛ بل الأشبه أنها ضده أو نقيضه؛ لأن سكنى الحياة غير مطلوبة بمعنى كونها حق لله، وسكنى العدة مطلوبة بذلك، وإن أراد بها المعنى الثاني سلمنا حقية الملزوم والملازمة، ومنعنا كون اللازم خلفا.

ابن عات: خرج بعضهم من بيعها للغرماء أن من خلف حملا وعليه دين وله عقار أنه يباع للغرماء، وخالف فيه ابن أيمن، وقال: لا يباع حتى تضع الحمل.

قُلتُ: قد يفرق بأن الحمل مانع لوجوب الإعذار في الدين لولد الحمل، والمعتدة المبهمة المانع منها مشكوك فيه، والقاعدة أن الشك في المانع لغو بخلاف تحققه، وقولها: إن طلقها طلاقا بائنا فلزمه السكنى فمات في العدة في باب النفقات، وعلى الزوج إن تعذر مسكنها بهدم أو انتهاء مدة مكرىً أو معارا بدله.

فيها: إن انهدم فدعت لمسكن غير ما دعاها إليه فذلك لها فيما لا يضر به لكثرة كراء أو سكنى، ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت.

اللخمي: إن دعت لموضع مأمون واستوى الكراء، أو كان ما دعت إليه أقل أو

أكثر، وتحملت الزائد، ولو دعا لما يملكه فالقول قوله.

قُلتُ: إنما يلزمها الزائد في الأكثر إن كان ما دعا إليه يليق بها.

الصقلي: قولها: حيث شاءت، يريد حيث يعرف كونها معتدة لا يخفى عليه خبرها.

وقول ابن عبد السلام: لا يبعد أن يكون القول قوله كما كان ذلك قبل الطلاق، يرد بأنه قبل الطلاق مقارن معها في السكنى فغلب حكمه.

وفيها: لا تخرج معتدة أمير لوالٍ بدله قبل تمامها كذي الحبس حياته.

اللخمي: أما في الطلاق فالحق عليه قائم لحياته وفي الموت استحسان؛ لأن الحبس إنما هو حياته، وقد انقضت كالكراء إلا أن تكون عادة. وقال محمد: تعتد فيه، وإن تأخرت لريبة خمس سنين وفيه ضرر على المحبس؛ لأنه لم يرد هذا، ودار الإمارة أوسع؛ لأنها ليست لأحد.

وفي كون امرأة إمام المسجد في الدار المحبسة عليه كذلك، وخروجها بموته إن أخرجها جماعة المسجد قولان للمتيطي عن بعض القرويين مع ابن عات على ما جرى عليه عمل قرطبة، وقول ابن العطار مع قبوله عبد الحق في تهذيبه، والباجي.

وعليه فرق ابن رُشْد بينها وبين امرأة الأمير: أن امرأة الأمير لها حق في بيت المال، وهذه الدار من بيت المال، وقبله ابن عات.

قال: وفرق ابن المناصف بأن أصل أجرة الإمام مكروهة.

قُلتُ: تقدم منع كونها إجارة في الإمامة؛ بل هي إعانة، وإلا افتقرت لضرب الأجل، ولا قائل به.

ابن زرقون: ما ذكره ابن العطار إنما هو إذا كانت الدار حبسا على المسجد حبسا مطلقًا، وأما إن حبست على أئمة المسجد فهي كدار الإمارة، وقبله ابن عبد السلام وفيه نظر؛ لأن كونها حبسا على المسجد مطلقًا إما أن يوجب حقا للإمام أو لا فإن كان الأول فلا فرق بين كونها على المسجد مطلقًا أو على إمامه، وإن كان الثاني لم يجز لإمامه أن يسكنها إلا بإجارة مؤجلة، فلا تخرج منها زوجته إلا لتمام أجله كمكتراة من أجنبي.

وسمع عيسى ابن القاسم: من طلق امرأته بعد أن أسكنه أخوه منزلا لا تخرج زوجته منه إن أخرجها إلا بعد تمام عدتها.

ابن رُشْد: تعقبه التونسي بأنه إسكان مطلق، فله إخراجها كما له إخراجه لو لم يطلق.

وأجاب بما حاصله: سكنى ما قبل العدة سبب في وجوب سكنى العدة، وقد ثبت السبب فيثبت المسبب.

وفي كون لزوم سكنى أم الولد مدة حيضتها لموت سيدها عليه، ثالثها: مع إحدادها، ورابعها: ولها تركها، وخامسها: يكره تركها، لظاهرها، والموازيَّة، وابن عات عن أَصْبَغ، ولنقليه مع اللخمي في الأخير عن أشهب. قالا: والخلاف في سكنى عتقها كذلك.

ابن محرز: من مات عن أمة حامل منه ففي وجوب نفقتها قولا عبد الملك وابن القاسم، بناء على عدم إيجاب حملها لها حكم أم الولد وإيجابه كقولها في عدم قتل قاتلها، واللعان بنفي الحمل حتى تضع، وقتله واللعان به قبل وضعها، ولو وضعت قبل ذلك فلا نفقة اتفاقًا.

وفي التهذيب لأم الولد سكنى حيضتها إن مات سيدها أو أعتقها، ولا نفقة لها، وإن كانت حاملا حين أعتقها فلها معها نفقتها.

قال غيره: لا نفقة لها، وقبله ابن عات، وفسر الغير بعبد الملك، ولم أجد فيها قول الغير.

وفيها: كل من تحبس له فيه فعليه سكناها كان من العدة أو الاستبراء.

وفيها: أيكون للمرتدة النفقة والسكنى إن كانت حاملا؟ قال: نعم؛ لأن الولد يلحقه.

عياض: رد بعضهم جوابه للنفقة فقط؛ إذ هي مسجونة على ما قاله ابن اللباد. واختصرها المختصرون على رده لها وللسكنى، وقيل معناه: إن غفل عن سجنها، وقد يقال على أن لموضع الاعتقال كراء.

اللخمي: إن ارتدت زوجة حاملا أخرت ونفقتها على زوجها، وإن كانت غير حامل وهي أول دمها أو قال زوجها: لم أصبها بعد حيضها استتيبت، وإن قال: لم تحض بعد أن أصبتها، وأشكل هل هي حامل أم لا فمن حق الزوج تأخيرها حتى تحيض أو

يمر لها ثلاثة أشهر من يوم أصابها، فإن أسقط حقه ولم يمض لإصابته أربعون يومًا لم تؤخر؛ لأن الماء لم يخلق منه ولد، وإن مضى لها أربعون يوما أخرت.

وإذا أخرت فلا نفقة على الزوج عند ابن القاسم؛ لأن ردتها طلقة بائنة ولا عند أشهب وعبد الملك، وإن رأيا أن الطلاق مترقب بعدم رجوعها؛ لأنها فعلت ما منعت به نفسها، فإن بان حملها وجبت لها وتبعته بماضيها، وعلى أن ردتها طلاق تبيت ببيتها ويتحفظ بها، وعلى أنه فسخ أو مترقب يستحب نقلها لموضع تعتد فيه.

قُلتُ: في قوله: (يستحب) نظر؛ بل هو الواجب.

وفيها: كل شيء يحبس له فيه فعليه سكناها كان من العدة أو الاستبراء.

وفي ثالث نكاحها: إذا فرق بين الزوجين بإسلام أحدهما، وهما مجوسيان أو ذميان وقد بنى بها، فرفعتها حيضتها فلها السكنى؛ لأن ما في بطنها يتبعه، وكذا من نكح ذات محرم منه ولم يعلم ففرق بينهما فلها السكنى.

قُلتُ: وتقدم وهم ابن بشير في ذلك، ولجميع ذلك أشار ابن الحاجب بقوله: وكذا كل من تحبس بسببه في السكنى، ونفقة الحمل كفسخ النكاح لإسلام أحدهما بعد البناء، وكمن نكح محرما، ولم يعلم وبنى.

قال ابن هارون في تفسيره: تقييده نكاح المحرم بعدم العلم لا معنى له؛ بل الحكم في ذلك سواء إلا أن تكون منه إشارة إلى أنه لا يلحق به الولد إذا كان عالمًا بالحكم، ويحد للزنا، وهو بعيد إذ لم يثبت تحريم ذلك بدليل قطعي.

قُلتُ: وهذا غلط فاحش نشأ عن تصحيفه (محرما) بفتح الميم والراء (بمحرم) بضم الميم وكسر الراء، وهذا لفاحش غفلته، وعدم ذكره على مسألة المدَوَّنة؛ لأنها ليست في كتاب العدة، أسأل الله التسديد وحسن التأمل.

وفي نفقة المستبرأة لوطئها غير زوجها قبل بنائه غلطا عليه أو عليها، نقل الصقلي عن بعض التعاليق وأبي عمران قائلا: إن ظهر حملها رجعت على واطئها بها، وأما من وطئ زوجة غيره ليلا يظنها زوجته ولم تحمل فنفقتها على زوجها كما لو مرضت.

قُلتُ: وسكنى المغلوط بها قبل بناء زوجها بها على الغالط؛ لقولها: كل من تحبس له فعليه سكناها، وقول ابن الحاجب: (وفي الغالط بغير العالمة ذات زوج قولان) غير

محصل لإطلاقه في المبني بها وغيرها وفي مقابل الزوج، هل هو الغالط أو الزوجة.

قال ابن عبد السلام إثر قول ابن الحاجب: يعني وإذا غلط بامرأة أجنبية فوطئها، فإن حملت منه فلها عليه النفقة والسكنى، ولا أعلم في المذهب فيه خلافا، وظاهر لفظ المؤلف أنه مختلف فيه، واختلف المذهب إن لم تحمل وكانت زوجا لآخر، هل تجب نفقتها على زوجها أو على واطئها.

قُلتُ: من تأمل وأنصف علم أن ما نسبه لظاهر قول المؤلف غير صحيح؛ لأن كلام المؤلف مجمل في ذلك حسبما بيناه، ولا يتم ما نقله ابن عبد السلام إلا في ذات زوج لم يبن بها، ولو بنى بها لكانت النفقة والسكنى على زوجها لا الغالط، إلا أن يأتي الزوج بما ينفي عنه ذلك الحمل حسبما تقدم في اللعان والنكاح في العدة فتأمله، وقوله ثانيا: واختلف هل نفقتها على زوجها أو على واطئها وهم، إنما القولان هل هي على زوجها أو عليها حسبما تقدم فتأمله.

[باب المفقود]

المفقود: من انقطع خبره ممكن الكشف عنه[1]؛ فيخرج الأسير.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من انقطع خبره) أصل الجنس الغائب الذي انقطع خبره فيخرج بالمنقطع خبره الأسير ويمكن الكشف عنه أما حال أو صفة يخرج به المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه؛ فإنه لا يحكم له بحكم المفقود وإليه أشار ﷺ بقوله فيخرج الأمير ابن عات والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه فعلى هذا لا تنكح امرأة الأسير إلا أن يصح موته أو تنصره طائعا، وهو نص المدَوَّنة، وكذلك إذا لم يعلم له حال، فإنه يحمل على الطوع.

(فإن قلت): أطلق الشيخ في حده: فظاهره من صدق عليه أنه يسمى مفقودًا شرعا، وله الحكم الخاص به في زوجته وماله مع أنهم نصوا على أن من فقد ببلدة في زمن الطاعون حكموا له بحكم الميت.

(قُلتُ): مسائل هنا مختلف فيها مثل مفقود قتال العدو ومفقود حرب المسلمين وكذلك من فقد في جهة أرض الحرب والرسم لما هو متفق عليه ومختلف فيه.

(فإن قلت): قول الشيخ من انقطع خبره هل يعم الحر والعبد أو هو خاص بالحر.

(قُلتُ): يعم الحر والعبد وإنما وقع اختصاص العبد ببعض الأحكام.

(فإن قلت): إذا فقد عبد ثم عتق وله ولد أحرار هل يدخل في ذلك.

(قُلتُ): ذلك داخل في الحد وقد وقع فيها قال إن فقد عبد فأعتق وله ولد وقف الميراث حتى يثبت أن

ابن عات: والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه.

اللخمي: من فقد ببلده كغيره.

ابن رُشْد: إن فقد في بلاد المسلمين فلامرأته رفع أمرها للإمام يكلفها إثبات الزوجية والمغيب.

المتيطي: في سجلات الباجي: إنما يشهد بمعرفة الزوجية دون تعيين أهل العلم وغيرهم، لا بد أن يقول بإشهاد الغائب فلان والزوج فلانة والمنكح، وحينئذ تصح الزوجية.

ابن رُشْد: إذا ثبت ذلك كتب لوالي البلد الذي يظن أنه فيه أو للبلد الجامع، إن لم يظن ببلد بعينه، مستبحثا عنه، ويكتب باسمه ونسبه وصفته ومتجره، ويكتب هو بذلك لنواحي بلده.

اللخمي: إن فقد ببلد كشف عن زوجته وأقاربه وأهل محلته وسوقه، إن ذكروا أنه كان يريد بلدًا كتب إليه، وإلا كشف عنه حيث يشبه أن يتوجه وما قاربها، وإن كان المفقود مطلوبا بدم أو آبقا لم يقصر كشفه على الناحية التي قصد، لانتقالهما خوف الظهور عليهما.

ابن رُشْد واللخمي وغيرهما: فإن لم يعلم له خبر.

المتيطي: بعد بلوغه أقصى جهده.

وفيها: وإياسه؛ ضرب لامرأته أجل أربعة أعوام للحر، وعامين للعبد، وفي كون ابتدائها من يوم الإياس أو الرفع رواية اللخمي مع قول المتيطي: استحسنه بعض الموثقين، واللخمي عن رواية مختصر ابن عبد الحَكَم، كذا ذكر الخلاف اللخمي، وابن رُشْد.

وقال ابن عات: قال ابن عبد الحَكَم: ليس عليه أن يكتب للبلدان، ويضرب لها

العتق صادفه حيا ولا يوقف له إرث من مات منهم؛ لأنه على أصل الرق حتى يصح العتق، ثم زاد فيها زيادة أوجبت إشكالا، وهو أن المال يدفع بحميل لورثة الابن حتى ناقضها بعضهم بمن قضي له بإرث فلا يؤخذ منه حميل وذلك جور ممن فعله، ووقع ذلك في الحمالة، وأجاب بعض الشيوخ عن ذلك بما هو معلوم في محله والله الموفق وهو أعلم سبحانه.

الأجل بثبوت الزوجية والمغيب.

قُلتُ: لولا أنه ذكر بعد هذا عن مختصر ابن عبد الحَكم مثل ما تقدم لغيره لقلت أنه مراده بعدم الكتب، فإن أراد به عدم الكتب والبحث، ولو أثبت الزوجية والمغيب؛ فخلاف المذهب، وإن أراد عدم توقف الكتب والبحث على إثبات الزوجية والمغيب فهو ما يأتي عن نوازل سَحنون.

قال: وقال ابن الماجِشُون: إن جهل وضرب من يوم الرفع لم يثبت ضرب الأجل، ولكنه يحسبه من يوم يثبت عنده بعد الفحص عنه، وما تقدم من إثبات الزوجية والمغيب هو المعروف.

وفي نوازل سَحنون من التفليس: من أتى بيتيم بلغ لقاضٍ، وقال: بلغ مبلغ الرضا ادفع له ماله، اكتب لي بذلك، كتب له ذلك، وإن لم يعرف إيصاؤه إلا بقوله، وكذا اليتيمة.

ابن رُشْد: هذه مسألة صحيحة على أصولهم، وعلى ما في طلاق السنة من المدَوَّنة، وعلى ما في سماع أَصْبَغ من كتاب السلطان فيمن ادعى أن رجلا رهنه قدحا في كساء أن السلطان يأمره ببيع القدح في الكساء على زعمه أنه رهن، وقيل: لا يأمره ببيعه حتى يثبت ارتهانه عنده، وبه العمل على أصل الأخوين في مسألة كتاب طلاق السنة.

قُلتُ: ولم يعين مسألة كتاب طلاق السنة، ولا أعلم ما أشار إليه فيه إلا قولها: ولا يضرب السلطان لامرأة المفقود أجل أربع سنين إلا من يوم ترفع إليه، وإن لم تقم إلا بعد سنين، وإنما يضرب ذلك لها بعد الكتب في الكشف عنه.

وفي كون الأربع؛ لأنها أقصى أمد الحمل، أو لأنها أمد وصول الكتاب، ثالثها: لأن الجهات أربع، ورابعها: للإجماع باتفاق الأمة عليه، أو وقف نكاحها على موته، فامتنع إحداث ثالث، للأبهري، ونقلي ابن رُشْد واختياره، واللخمي معه، وأبطل الأول بالتفرقة بين الحر والعبد، وبالصغيرة القائم أبوها بحقها، وبقول قائله: لو قامت بعد عشرين سنة فلابد من ضرب الأربعة، وفي قصر الكتب والكشف وضرب الأجل على الخليفة، وكونه لسلطان بلده نقلا اللخمي عن أبي مصعب مع المتيطي عنه مع ابن الماجِشُون ومعروف المذهب.

وفي ثاني نكاحها: يجوز ضرب ولاة المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمفقود.

وقال سَحنون: لا يضرب أجله إلا من تنفذ كتبه في البلدان.

قال فضل مثل قاضي الجماعة بقرطبة والقيروان لا قاضي كور الأندلس أو إفريقيَّة غير قرطبة والقيروان.

عبد الحق: رأيت في كلام في المفقود: إن كانت امرأته حيث لا سلطان فيه إن اجتمع صالحو البلد وكشفوا عن المفقود وضربوا لها الأجل جاز ذلك لا في مكان فيه سلطان، وعزاه المتيطي للقابسي وأبي عمران.

وفيها: ثم تعتد بعد الأربع دون أمر الإمام كعدة الوفاة، ولو لم يبن بها.

ابن عات: على قول عبد الملك: لا إحداد عليها، فلابد من الحيض فيلزمها أقصى الأجلين، وعلى قول ابن القاسم: لا يحتاج إلى حيض، ويحتمل أن يقول بالإحداد على وجه الاحتياط، فيتعين مع ذلك الحيض فيلزمها أقصى الأجلين.

عبد الحق عن ابن عبد الرحمن: لو رجعت بعد تمام عدتها للبقاء على عصمة المفقود لم يكن لها ذلك؛ لأنها أبيحت لغيره، ولا حجة في أنه إن قدم كان أحق بها؛ لأنها على حكم الفراق حتى تظهر حياته، إذ لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها إرث.

ابن رُشْد: لو موت بالتعمير بعد عدتها لم ترث منه شيئًا، وما حكاه ابن حبيب: لو اعتدت ثم موت بالتعمير، وهي لم تتزوج أنها ترثه، بعيد.

قُلتُ: ويلزمه جواز رجوعها للبقاء على عصمته.

أبو عمران: لها البقاء على عصمته في خلال الأربع سنين؛ لأنها لم تجب عليها عدة، ومتى رجعت للرفع للسلطان ابتدأ لها الضرب، وليس لها ذلك إن تمت الأربع.

وسمع سَحنون ابن القاسم في النكاح: من فقد قبل البناء ففرق بينهما بعد الاستقصاء، وأعطيت مهرها، فتزوجت فأتى زوجها، رجع عليها بنصفه.

وفي رواية عيسى بن دينار: لا يتبعها بشيء؛ لأنه ضيق عليها، واعتدت منه.

ابن رُشْد: القولان لمالك في سماع عيسى.

قُلتُ: في الموازيَّة لابن القاسم: الثاني استحسان، والأول أحب إليَّ.

ابن رُشْد في سماع عيسى: والعلم بموت زوجها بعد بنائها كإتيانه اتفاقًا، وقبل بنائها على الروايتين.

وقال ابن الماجِشُون: لا يقضى لها بشيء من مهرها حتى يأتي وقت فوتها على الأول بالبناء أو العقد عند قائله، وحكى ابن سَحنون وابن الجلاب: إنما يقضى لها بنصفه، فإن بلغ من السنين ما لا يحيى لمثله أو ثبت موته ما بينه وبين أن تبين منه بالدخول أو التزويج على الخلاف قضي لها ببقيته.

قُلتُ: مفهوم هذا القول يأتي في تعليل الباجي. قال: اختلف في صداق من لم يبن بها، فقال مالك: لها جميعه، وابن دينار: نصفه، وبعض أصحابنا: إن دفعه لها لم ينزع منها وإلا أعطيت نصفه، وعلى الأول قال مالك: يعجل المعجل، والمؤجل لأجله.

ابن الماجِشُون: يعجل نصفه ويؤخر نصفه لموته بالتعمير.

ولسَحنون: يعجل جميعه.

وجه تأجيل البعض احتمال كون الفرقة للطلاق، فإن فاتت بالعقد أو البناء على اختلاف أصحابنا سقط نصف المهر؛ لأنها طلقة إلا أن يعلم أنه توفي قبل ذلك، وهذا الذي ذهب إليه سَحنون.

قُلتُ: نسبة هذا التوجيه لقول سَحنون مشكل لعدم مناسبته إياه، وما ذكره عن ابن دينار خلاف روايته في كلام ابن رُشْد.

وفيها: ثبوت موت الأول كقدومه، ثبوته كاشف كون نكاحها الثاني متزوجة أو في عدة وفاة أو بائنة.

فيها: لو ورثت الثاني قبل بنائه فبان موت الأول بعد أن نكحت ردت إرثه.

الصقلي عن محمد: لو قدم بعد بنائها بنكاح يفسخ بغير طلاق ردت إليه.

قُلتُ: يريد: ولا يقربها إلا بعد استبرائها. قال: وإن كان يفسخ بطلاق لم ترد إليه ولو قدم بعد إرخاء الستر، وقال الثاني: لم أمسها، فسخ نكاحه، ولم ترد للأول ونكاحها في عدة المفقود نكاح عدة ما لم يبن أمر المفقود، فتتم عدة الشهور مع ثلاث حيض للثاني نكاحها فيها نكاح عدة نكاح ولو بان أمر المفقود.

ونكاحها في شهور المفقود نكاح عدة إن عمي خبره، وإن بانت حياته أو موته في

وقت لا تكون تلك الأشهر عدة أو بعدها لم يكن العقد فيها نكاح عدة، ولو تزوجت ثالثا بعد حيض الثاني وشهور المفقود وبنى بها كان نكاحها في الشهور نكاح عدة؛ إذ لا سبيل للمفقود عليها بعد البناء الصحيح قبل العلم بخبره.

الشيخ: إذا كان يلزم المفقود طلقة بان أن عدتها من طلاق، فهلا راعى هل نكحها بعد تمام عدة الطلاق في بقية عدة الوفاة فيسلم من نكاح العدة أو قبل ذلك فيكون ناكحا فيها؟ ولو أبان موته أن عقد الثاني في حياته وبناؤه في عدة وفاته، ففي كونه نكاحا في عدة نقلا الصقلي عن محمد بناء على أن الدوام كالإنشاء أم لا.

ورجح الصقلي الأول بالقياس، على أن رمي من رمى صيدا من الحل رميا قطع الحرم، وأصاب الصيد في الحل كالرمي من الحرم.

ابن حارث: لو بان بناؤها في عدة موت الأول ففي تأبيد حرمتها على الثاني، وبقاء نكاحه قولا ابن القاسم والبرقي عن أشهب.

ابن الحاجب: فيها: لو ثبت وقوع العقد في عدة موت الأول فنكاح في عدة يفسخ وتحرم بالدخول أبدا.

ابن عبد السلام: لعل نسبته هذا للمدَوَّنة لإشكاله على الذي رجع إليه.

مالك: لا تفوت إلا بالبناء؛ لأن مجرد العقد عنده ضعيف لو لم تكن عدة، فوجوده كعدمه هنا، فلم يبق إلا الدخول، وهو وحده لا يوجب تأبيد تحريم، كمن وطئ معتدة غلطا، وجوابه أن النكاح في العدة أيضًا فاسد، فلا يوجب الوطء المستند إليه تحريمًا مؤبدًا.

قُلتُ: يحتمل أنه إنما نسبه لها تحقيقا لنفي توهم عدم تأبيد حرمتها في هذه الصورة لوضوح توهمه، وهو أن علة تأبيد التحريم معاملة الناكحين بنقيض مقصودهما عمدا أو تفريطا، ولما كان النكاح في هذه الصورة ليس كذلك ضرورة استناده لحكم الحاكم كان الواجب عدم تحريمها، أو استشكالا لثبوت هذا التحريم بما قررناه.

وقوله: (وجوابه إلى آخره...) حاصله لزوم عدم التحريم في محل متفق عليه لثبوت إشكال صورة النزاع، وواضح كون مثل هذا لا يصح جوابا عن الاستشكال؛ بل هو تكثير له بدعوى ملزوميته لإشكال آخر في صورة متفق عليها، وإنما يتم مثل هذا

جوابا لو ادعى الخصم ثبوت نقيض الحكم المستشكل، فيبطل حينئذ لبطلان لازمه، وهو ثبوت نقيض حكم متفق عليه، فتأمله على القواعد.

وجواب ما زعمه من الإشكال بمنع لغو العقد الذي تعقبه هنا، ولا يلزم من لغوه منفردا لغوه منضما للبناء؛ لأنه لا يلزم من لغو تأثير الشيء وحده لغو تأثيره مع غيره لا في الحسيات، كحمل رجلين حجرا لا يستطيعه أحدهما.

وقد بنى الفقهاء على ذلك أحكاما في السرقة وغيرها وكذا في المعنويات إحدى المقدمتين لا تحصل النتيجة وكلتاهما تحصلانها.

واستشكله ابن عات بأن قال: راعى ما يكشف الغيب من نكاح الزوج الثاني في العدة ففسخ نكاحه بذلك ولم يراع مجيئه حيا فترد إليه، فإما إن يعمل حكم الحاكم فيهما أو يلغيه فيهما ولا يكون حاله ميتا أحسن منه حيا. قال: إلا أن يقال كان الأصل أن لا يعمل، وترد في الحي، لما روي عن عمر.

الباجي: لو كان له نساء رفعت إحداهن أمرها فقط فضرب لها الأجل بعد البحث.

قال يحيى بن عمر: قال ابن القاسم بعد تفكر: أرى ضربه للواحدة ضربا لجميعهن، إن تم الأجل تزوجن إن أحببن.

المتيطي: ذكر بعض القرويين عن أبي عمران أنه يضرب للثلاثة الأجل حين ترفع من غير كشف.

قال بعض القرويين: هذا أصح وأحسن.

ابن رُشْد: إن بان أمر المفقود بعلم حياته أو موته قبل انقضاء الأجل والعدة انتقض الحكم اتفاقًا، وعملت على مقتضى ما بان، اعتدت لوفاته وبقيت له في حياته.

وإن بان بعد انقضاء العدة موته أو حياته ففي تمام الحكم فلا سبيل له إليها في حياته، ولا ترثه في موته، ونقضه ما لم تتزوج فيثبتان، ثالثها: ما لم يبن بها، فإن كان بعد عدتها منه ثبت، وإن كان في العدة أو قبل الوفاة فسخ لمختصر ابن عيشون عن ابن نافع، وقولي مالك.

قُلتُ: هما روايتاها، وفيها بالأولى أخذ المغيرة وغيره، وبالثانية أخذ ابن القاسم

وأشهب.

ابن رُشْد: قول ابن نافع بعيد؛ لأن حكم الاجتهاد إذا بان خطؤه خطأ متفقا عليه نقض إجماعا، ولو قيل على هذا أن المفقود أحق بها أبدا، وإن بنى بها الثاني كالمنعي لها لكان له وجه في القياس لكنهم لم يقولوه، فأين هذا من قول ابن نافع؟ إلا أنه يشبه الرواية فيمن خرص عليه أربعة أوسق، فوجد خمسة أنه يعمل على ما خرص عليه.

قُلتُ: ظاهره قبول نقل ابن عيشون، وقال عبد الحق والصقلي عن أبي عمران: تواليف ابن عيشون ونقله ضعيف.

عياض: هو محمد بن عبد الله بن عيشون.

قال ابن الفرضي[1]: كان فقيها، حافظا، رأس في العلم، وشهر به وحمل عنه، وروى عنه عبدوس الطليطلي وغيره، وتكلم فيه أبو عمران، وقال فيه مسلمة بن قاسم: أخذ كتب ابن كادم القروي ونسبها لنفسه، وحدث بأطرابلس عن ابن الأجذابي بتاريخ ابن معين ولم يسمعه، وأثنى عليه ابن زرقون، وقال: كان فقيه عصره، وكذلك ابن طاهر.

قُلتُ: فآل أمره لمسألة تعارض التعديل والتجريح، ولم يحك اللخمي قول ابن نافع، واختاره، وقال: أرى أن تفوت بالعقد؛ لأن الحاكم أباحها، وما ظهر أكثر مما كان يظن، وقد قال الأبهري وغيره من البغداديين: الطلاق عليه لضرره بعدم الوطء.

وفيها: إذا رجعت للأول قبل بناء الثاني كانت عنده على الطلاق كله، إنما تقع عليها طلقة بدخول الثاني لا قبل ذلك.

ابن رُشْد: في وقوع طلاقه بالعقد أو البناء قولان على الخلاف في فوتها، وقيل: إنما

---

(1) هو: عبد الله بن محمد بن يوسف بن نصر الأزدي، المعروف بابن الفرضي، الأديب الحافظ، سمع من علماء قرطبة، ورحل إلى المشرف، وألّف كتبًا منها: «تاريخ علماء الأندلس»، و«المؤتلف والمختلف»، و«أخبار شعراء الأندلس»، وغيرها، ولد سنة: 351هـ، وتوفي مقتولا في حدود الأربعمائة.

وانظر ترجمته في: الصلة: 1/246.

يقع عليه يوم أبيحت للأزواج، ويكشفه العقد أو البناء، وفائدته: لو كان الزوج طلقها طلقتين، ثم فقد ثم تزوجت لفقده وقدم زوجها الأول بعد أن دخل بها الثاني، فمن قال: الطلقة الثالثة وقعت عليها بدخول الثاني لم يحلها للأول إلا زوج ثان، وقاله ابن حبيب، ومن قال: وقعت يوم أبيحت وكشف ذلك دخول الثاني بها أو عقده أحلها، وقاله أشهب في السليمانية، وهو الصواب؛ لأن الطلقة الثالثة لو وقعت عليها بدخول الثاني أو عقده لوجب أن تعتد من حينئذ، ولم يقله أحد، ومن قال: لا ترد للأول إذا انقضت عدتها وإن لم تتزوج حلت عنده بتزويج الثاني.

قُلتُ: ما عزاه لابن حبيب عزاه اللخمي وغيره لأَصْبَغ، وما عزاه لأشهب عزاه اللخمي معه لمالك في المبسوط. قال: وهو أحسن؛ لأن بناء الثاني بين وقوع طلقة على الأول من حين ابتداء العدة، ولو كان الطلاق إنما يقع بدخول الثاني لكان الثاني نكاحا فاسدا، وفرق بينهما ابن عات، وصوب أبو عمران قول أَصْبَغ.

اللخمي عن محمد: لو قدم بعد أن خلا بها الثاني فقال له: ما قربتها حرمت على الأول إلا بنكاح جديد بعد عدتها، وجعل اعترافه كالطلاق وإن لم يطلق، فتحل للأول لا لغيره إن أقرت أن الثاني لم يصبها لإقرارها أنها زوجة الأول، وإن قالت أنه أصابها حلت له ولغيره، وإن أنكرت أنه أصابها ولم يصدقها الأول ولا راجعها فلها أن ترفع للسلطان فتطلق على الأول؛ لأنها تقول: لا أبقى بغير نفقة، ولو أنفق عليها فلها القيام بعدم الإصابة؛ لأن إنكار الأول صدقها وقوله: لا علم لي، لا يعد طلاقا، ولو موت بالتعمير ولم تكن تزوجت ورثته، وإن كانت تزوجت وبنى بها لم ترثه وبقيت للثاني، وإن لم يبن بها ورثته، وهو ظاهر قول أَصْبَغ.

وفيها: التي تعلم بالطلاق ولا تعلم بالرجعة حتى تعتد وتنكح كامرأة المفقود في فسخ النكاح والموت والإرث وكل أحكامها.

المتيطي: إن بنت ففيها لمالك: الثاني أحق بها، وفي الموازيَّة: إن كان مرتجعها حاضرًا وكتم رجعتها حتى بنت مضت للثاني، والحاضر أعظم ظلمًا، وفرق في هذا القول بين الحاضر والغائب.

قُلتُ: قوله: وفرق هو من كلام المتيطي وهو مشكل؛ لأنها في الغائب تفوت أيضًا

بالبناء، ونقله اللخمي إلى قوله: والحاضر أعظم ظلما، وقال: ليس هذا ببين، لو رأى رجل زوجته تتزوج ولم ينكر عليها لم يكن طلاقا، ولو عد طلاقا لاحتسبت بطلقة، وفرق بينها وبين الثاني واستأنفت العدة للأول.

قُلتُ: يفرق بأن غير المطلقة متعدية إجماعا، والمطلقة الجاهلة رجعتها مستندة لموجب شرعي إجماعا، ففي فوتها بالبناء ولغوه، ثالثها: بالعقد لأبي عمر عن أشهب وابن القاسم قائلا: إليه رجع مالك قبل موته بعام.

وتخريج اللخمي على نقل الشيخ عن ابن الماجِشُون: إن ثبت أن النصراني أسلم قبل زوجته أو في عدتها فهو أحق بها ولو ولدت من الثاني، وقول مالك في الموطأ مع المدنيين من أصحابه.

المتيطي: ما ذكره الشيخ عن ابن الماجِشُون خلاف نقل ابن حارث عنه. قال: اتفق المغيرة وعبد الملك أنه إن ثبت إسلامه قبل إسلامها أنه أحق من الثاني، وإن بنى، واختلف إن ثبت أنه أسلم في عدتها، فقال عبد الملك: تفوت بالبناء، وقال المغيرة: لا تفوت.

قال بعضهم: وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن به حكم عمر بن الخطاب في رجل يكنى أبا كتف كان ارتجع زوجته ولم تعلم فتزوجت، فأدركها والنساء يهنيئنها للثاني، فكتب له عمر أنه أحق بها إن لم يدخل بها الثاني.

قال: وقول الباجي في منتقاه: لو كانت أمة فلم تعلم برجعتها حتى وطئها سيدها فإن ذلك يفيتها على زوجها، رواه أشهب عن مالك.

قُلتُ: ظاهر قوليهما عدم ذكر أنها مسألة النكاح الثالث منها.

ابن عات عن عبد الملك: إنما يكون المرتجع أحق بثبوت رجعته ببينة لا بقوله.

وفيها: ينفق على امرأة المفقود من ماله في التأجيل لا العدة ولصغار ولده النفقة إن لم يكن لهم مال، ولا يؤخذ حميل بهذه النفقة، وما أنفق عليهم بعد موته لجهله اتبع به الولد والزوجة.

المتيطي: إنما ينفق على امرأته بعد حلفها أنه لم يترك لها نفقة ولا كسوة، ولا أرسل إليها بشيء وصلها، وعلى صغار بنيه وأبكار بناته بعد ثبوت بنوتهم، ولا مال لهم في

علم شهوده، وينفق على أم ولده بعد ثبوت أنها أم ولده ويمينها، وناقض بعض القرويين قولها: اتبع به الولد، بقولها في ثاني نكاحها: إن أنفق الوصي التركة على الطفل ثم طرأ على أبيه دين يغترق تركته لم يعلمه الوصي فلا شيء عليه ولا على الصبي إن أيسر.

وقال المخزومي: يتبع الصبي بما أنفق عليه.

وقال سَحنون: معنى مسألة الرجوع عليهم أنهم كانت لهم أموال.

أبو عمران: إن لم تحمل على هذا تناقضتا، وتعقب فضل قول سَحنون بأنه لو كانت لهم أموال لم ينفق عليهم من مال أبيهم إلا أن يتأول بأنها ظهر الآن ثبوتها لهم حينئذ.

أبو عمران: يستغنى عن قول فضل بكون المال الظاهر ثبوته ما وجب لهم بالإرث من أبيهم، ومعنى الرجوع عليهم: مقاصتهم، وتفريق عبد الحق وابن محرز بأن حق الورثة في عين المال المنفق؛ لأنه لو هلك كان منهم، وحق الغرماء في الذمة؛ إذ لو هلك لم يضمنوه، يرد بأن حق الغرماء أقوى، وما سقط معه سقط مع الأضعف، وبملزومية التناقض إن كان على المفقود دين.

وفيها: إن مات له ولد وقف ميراثه منه إن أتى أخذه، وإن موت بالتعمير لرد لوارث الابن حين موته.

اللخمي: حكى ابن شعبان تعجيل إرثه للمفقود، ويرثه عنه من يستحق إرثه، وقول ثالث: إنه إذا ورث الأب بالتعمير وقف من ماله ميراث ولده الذي كان مات، ويوقف الميراثان حتى ينكشف من يرث منهما صاحبه، وعلى الأول قال محمد: لا ينفق من الموقوف له على زوجته شيء، وأقوال أهل المذهب واضحة بأن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم بتمويته لا يوم بلوغه سن تمويته عند الحاكم بتمويته حسبما يدل عليه لفظ اللخمي، والمتيطي، وابن كوثر[1]، وابن الهندي وغيرهم، وبه أفتيت من ذكر أنها

(1) هو: أحمد بن سعيد بن كوثر الأنصاري، من أهل طليطلة، يكنى أبا عمر، كان فقيهاً متفنناً، كريم النفس، أخذ عن جماعةٍ من علماء بلده، وأجاز له جماعة من شيوخ قرطبة مع أبيه، وولي أحكام

نزلت، وأفتى بعض الناس بإرثه مستحقه يوم بلوغه لا يوم الحكم، وسئل عنها غير واحد لعل موافقا له فلم يوجد فيما علمت.

وفيها: إن فقد عبد فأعتق وله ولد أحرار لم يجر ولاؤهم حتى يعلم أن العتق أصابه حيا، ولا يوقف له إرث من مات منهم؛ لأنه على أصل الرق حتى يصح عتقه، وأحسن ذلك أن يدفع لورثة الابن بحميل.

اللخمي في الموازيَّة: القياس أنه مثل الحر، وقولها: يدفع لورثة الابن بحميل أحسن؛ لأن إخراجهم عن الإرث مشكوك فيه، والأب غائب غير وارث فهو كذلك حتى يعلم نقيضه.

وقال محمد: من فقد وهو محبس عليه غلة فهي له إلى الوقت الذي يورث فيه؛ يريد: بالتعمير فلم يسقطها بالشك.

ابن عات: لم يقع في المدَوَّنة أخذ الحميل إلا في هذه المسألة.

قُلتُ: في آخر الشهادات منها، مناقضة عند بعضهم، وهو قولها: ومن قضي له بمورث أو غيره لم يؤخذ منه كفيل، وذلك جور ممن فعله، ومثله في كتاب الحمالة.

ويفرق بقوة احتمال مانع الإرث المطلوب بالحميل هنا لدلالة استصحاب حال حياة العبد لوقت صدور عتقه.

أبو عمران: انظر هل يلزم ورثة الابن الحميل مطلقًا أو إن لم يكونوا أملياء.

لقولها في الشفعة: من ابتاع شقصا بثمن لأجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان مليًا أو أتى بضامن ملي، وقبله ابن عات.

ويرد بأن الحق في طلب الحميل في الشفعة لحاضر، وفي العبد المعتق لغائب، وحق الغائب آكد.

وفيها: ينظر الإمام في مال المفقود ويجمعه ويوقفه، ولو كان بيد وارثه يوكل به من يرضاه من ورثته أو غيرهم، وينظر في ودائعه وقراضه، وقبض ديونه لا يبرأ غريم له

طليطلة مع يعيش بن محمد، وكانا على صفاء، ثم استثقله ودبر على قتله، توفي سنة: 403هـ.
وانظر ترجمته في: كتاب الصلة: 1/41، رقم (71).

بدفع ما عليه لورثته، وما أسكن أو أعار إلى أجل أرجئ، وإن قارض لأجل فسخ وأخذ المال وما لحقه من دين أو اعتراف أو عهدة ثمن أو عيب قضي به ولا يقام له وكيل، وتسمع البينة عليه بإيصائه بشيء أو إسناد، وينفذان بموته تحقيقا أو تعميرا.

ابن عات: إن كانت ودائعه بيد أمين لم تنزع منه، والوضع على يد الوارث المأمون أولى من الأجنبي. قال: وحكم مال المفقود: أن ترك رباعا تصلح للكراء أكريت، وإن كان شيء يحتاج لإصلاح ولا يتقى انهدامه أصلح، وإن خيف انهدامه أو قلت منفعته وبيعه أحسن بيع، وغير الربع مما يخشى فساده بيع، وإلا ترك إلا أن يأتي على شيء من ذلك نفاق يعلم أنه لو كان مالكه حاضرًا لباعه، فإنه يباع ورقيقه إن لم يخش إباقهم، وفي خراجهم نفقته لم يباعوا، وكذا دوابه، وإن حلت أحوال زكاة ماله لم يخرج زكاتها، ولو أعتق شقصا من عبده ثم فقد لم يستتم عليه، ولا يقوم عليه إن كان لغيره.

قُلتُ: هو نصها: (آخر العتق الأول).

المتيطي: ما عليه من ديون ثابتة قضيت بعد حلول آجالها وأيمان أربابها، وما لم يحل لم يقض إلا بحلوله أو تمويته، هذا قول مالك وغيره من أصحابه.

وقال أَصْبَغ في الواضحة: يحل بانقضاء الأربع سنين.

وفيها: لا يقسم ماله حتى يصح موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش لمثله فيقسم بين ورثته حينئذ لا يوم فقده.

ابن عات: اختلف في حد تعميره.

قال ابن القاسم وأشهب ومالك مرة: سبعون سنة، واختاره القاضي.

وقال مالك وابن القاسم مرة: ثمانون، واختاره الشيخ والقابسي وابن محرز.

وقال ابن الماجِشُون ومالك مرة: تسعون.

وعن أشهب وابن الماجِشُون أيضًا: مائة.

وللداودي عن محمد بن عبد الحَكم: مائة وعشرون.

وفي نظائر أبي عمران: قيل: ستون سنة، ذكره ابن عيشون.

قُلتُ: هذا يؤكد ما تقدم لأبي عمران: أنه لا عمل على تواليف ابن عيشون.

وعلى السبعين إن فقد لها زيد له عشرة أعوام.

أبو عمران: وكذا ابن ثمانين، وإن فقد ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وإن فقد ابن مائة اجتهد فيما يزاد له.

ابن سَحنون: استحب أصحابنا أن يزاد له عشر سنين، وقيل: العام والعامان، وإن فقد ابن مائة وعشرين تلوم له العام ونحوه اتفاقًا، وروى ابن الماجِشُون: يوقف له أبدا.

ابن رُشْد: من فقد ابن مائة وعشرين سنة تلوم له العام ونحوه اتفاقًا.

اللخمي: إن فقد وهو شاب أو كهل فالسبعون أحسن، وإن فقد لها زيد قدر ما يرى من حاله يوم فقد، وهل بلغها وهو صحيح البنية أو ضعيف.

المتيطي عن الباجي في سجلاته: قيل: يعمر خمس وسبعون وبه القضاء، وبه قضى ابن زَرْب.

ابن الهندي: وكان ابن السليم قاضي الجماعة بقرطبة يقضي بالثمانين، وأخبرني بعض قضاة شيوخنا عن نفسه أو عن بعض شيوخه أنها نزلت بتونس في أواخر أو أواسط القرن السابع، فحكم القاضي حينئذ بتمويته بخمس وسبعين سنة. وأشهد القاضي على حكمه بذلك بعد ثبوت ما يجب في ذلك شهيدين، ورفع الرسم إلى سلطانها، فقيل له: هذا القاضي والشهيدان، كل منهم جاز هذا السن، فألغى الإعمال به بعد ضحك أهل مجلسه تعجبا من حكم القاضي وشهادة شهيديه.

قُلتُ: وهذا لا يلزم، وهذه شبهة نشأت عن خطابه عامية.

وفيها: لا تنكح امرأة الأسير إلا أن يصح موته أو تنصره طائعا أو لا يعلم طائعا أو مكرها فيفرق بينهما، ويوقف ماله إن أسلم رجع له، وإن مات كافرا فللمسلمين.

قُلتُ: حكم ماله في كتاب الردة.

قال اللخمي: يتخرج تطليق امرأته عليه على من قطع ذكره، وقبله ابن عات، ويرد برجاء قدومه.

ابن حارث: اتفقوا إن عرف مكانه وحياته على بقاء عصمته حتى يموت، واختلف إن أسر بأرض الحرب ثم جهل مكانه، فقال أَصْبَغ: ذكر قوم أنه كفقيد أرض الإسلام، وقال قوم: لا تتزوج امرأته حتى يموت بالتعمير. قال: وهو رأيي، واختاره

ابن حارث إن كان لا يدخلها تجار ولا طوافون، فإن دخلوها فكفقيد أرض الإسلام، ولما ذكر المتيطي ما فيها قال: وقال بعض الشيوخ: هذا قول أصحابنا كلهم حاشا أشهب، فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجية معًا.

قُلتُ: لفظ ابن رُشْد حكم المفقود ببلد الحرب حكم الأسير، لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله إلا بموته تحقيقًا أو تعميرًا في قول كل أصحابنا حاشا أشهب، فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجة معًا.

قُلتُ: فقول أشهب إنما هو في المفقود ببلد الحرب لا في الأسير.

المتيطي: اختلف فيمن فقد في توجهه لأرض الحرب ففقد في توجهه أو بعد وصوله، وكان سفره برًّا أو بحرًا.

قيل: كفقيد أرض الإسلام، وقيل: كالأسير، وقيل: إن فقد قبل وصوله فحكمه حكم المفقود، وبعد وصوله كالأسير، وقيل: إن سافر في البحر ففقد قبل الوصول فكالمفقود، وإن سافر في البر فعلى حكم الأسير.

ابن عبد الحَكَم: من سافر في البحر فانقطع خبره فسبيله سبيل المفقود.

ابن رُشْد: في كون مفقود قتال العدو من صف المسلمين: كالأسير، والحكم بقتله بعد تلوم سنة من يوم رفع زوجته أمرها للسلطان فتعتد من حينئذ.

ثالثها: حكمه كالمفقود بأرض الإسلام في كل أحكامه، ورابعها: كمقتول في الزوجة تعتد بعد التلوم، وبحكم المفقود في ماله لسماع عيسى رواية ابن القاسم ولرواية أشهب.

ومعناها: تعجيل قسم ماله من حين اعتداد زوجته.

ونقل محمد، وعابه أحمد بن خالد، وتأول عليه رواية أشهب، وهو بعيد، والثاني سواء كانت المعركة ببلد الحرب أو الإسلام إن أمكن إخفاء أسره، وإن كانت بموضع لا يخفى أسره فكالمفقود في حرب فتن المسلمين، ويمكن حمل رواية ابن القاسم على كونه بحيث يخفى أسره، ورواية أشهب: بحيث لا يخفى أسره، والمفقود في فتن المسلمين فيه قولان:

أحدهما: يحكم بقتله في زوجته وماله تعتد ويقسم.

قيل: من يوم المعركة قربت أو بعدت، وهو قول سَحنون، وقيل: بعد التلوم قدر انصراف من هرب أو انهزم، وإن بعدت عن بلاده كإفريقيَّة من المدينة، فبعد سنة تعتد ويقسم ماله، وقيل: العدة داخلة في التلوم، اختلف فيه قول ابن القاسم، والصواب دخولها؛ لأن التلوم خوف كونه حيا.

فإذا لم يوجد له خبر حمل على قتله في المعركة فاعتدت وقسم ماله من يومئذ، وإن كانت بموضع لا يظن بقاؤه لقربه، واتضاح أمره اعتدت من ذلك اليوم، وقيل: كل الأندلس بلدة واحدة لا يتلوم له تعتد من ذلك اليوم ويقسم ماله، وإنما يضرب له سنة إن بعدت المعركة كمصر من المدينة. قاله عيسى بن دينار.

والثاني: رواية أشهب: تعتد بعد سنة ولا يقسم ماله حتى يموت بالتعمير، تأوله أحمد بن خالد على رواية أشهب.

والتأويل الصحيح: لها قسم ماله بعد السنة فهو قول ثالث، وكل هذا إن شهدت البينة العادلة أنه شهد المعترك، وإن شهدت برؤيته خارجا في جملة العسكر لم تره في المعترك فكالمفقود في زوجته وماله اتفاقًا.

اللخمي: من فقد ببلده زمن الطاعون أو ببلد توجه إليه زمنه أو ببلد توجه إليه زمنه حكمه حكم الموت لقول مالك في ناس أصابهم بطريق حجهم سعال، يموت الرجل من يسيره، ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة، تتزوج نساؤهم ويقسم مالهم، وكذا شأن البوادي ينتجعون في الشدائد من ديارهم إلى غيرها من البوادي ثم يفقدون أنهم على الموت.

وفيها: المنعي لها إن اعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها ردت له، ولو ولدت من الثاني؛ إذ لا حجة لها باجتهاد إمام، ولا تيقن طلاق، ولا يقربها إلا بعد تمام عدتها من الثاني، فإن مات زوجها وهي حامل اعتدت لوفاته، ولا تحل بالوضع قبل تمامها ولا بتمامها دونه.

ومثله في سماع عيسى رواية ابن القاسم، وزاد: إن قدم زوجها بعد موتها تحت الثاني فلا توارث بينه وبينها، وإرثها للأول.

قال عيسى: ولو قدم بعد إرثها الثاني: ردته، ولا ترد مهره إن مات بعد بنائه بها،

ولو مات قبل مسها ردته.

ابن رُشْد: زوجها أحق بها ولو بنى بها الثاني اتفاقًا ردت إليه بعد استبرائها بثلاث حيض أو وضع حمل ولو طلقها الأول وهي حامل من الثاني، فلابد من ثلاث حيض بعد الوضع كمن منع حيضها مرض أو رضاع، ولو طلقها الأول وهي في استبرائها من الثاني كفتها ثلاث حيض من يوم الطلاق على مذهب مالك، وعلى ما روي عن عمر: تتم استبراءها وتأتنف عدة الأول وسواء نعي لها ببينة عدول أو غير عدول شبه عليهم أو شهدوا بالزور.

اللخمي: إن طلقها الأول أثناء عدتها من الثاني انتظرت أقصى العدتين، وتكون في بيت الثاني لتوجه عدته فقبل طلاق الأول، فإن انقضت عادت لبيت الأول، فإن توفي الأول فعليها أقصى العدتين، وعليها الإحداد مدة عدة الوفاة، انقضت قبل عدة الطلاق أو تأخرت، فإن كانت مسترابة أو مستحاضة نظر أولاهما: انقضاء؛ لأن عدة الثاني سنة، والأول أربعة أشهر وعشر أو تسعة أشهر على القول الآخر، وقد يموت القادم بعد مضي أكثر السنة للثاني، فإن كانت حاملا من القادم فالوضع يبرئها منهما، واختلف إن كان من الثاني، هل يبرئها منهما أو تستأنف عدة الوفاة بعد وضعها؟ وإن طلق القادم ومات الثاني وهي غير حامل فعدتها من الثاني ثلاث حيض لا عدة وفاة؛ لأنه نكاح فاسد.

قُلتُ: هذا يرجح عبارة ابن رُشْد أن مدة حبسها للثاني استبراء عن عبارة اللخمي: أنها عدة.

عياض: ويمنع الأول من وطئها مدة حبسها للثاني، وما عداه من الاستمتاع مباح له؛ لأنها زوجته كاستبرائها من زنا أو غصب.

الصقلي عن محمد: إن ظهر أن بناء الثاني بها في عدة وفاة الأول أو طلاقه، والعقد في عصمته فهي أخف ممن نكح في العدة وبنى بعدها، وكمن تواعد فيها وبنى بعدها؛ لأن عقده عليها وهي ذات زوج كلا عقد، لكنه وطئ في نكاح كانت فيه عدة ف أحب إليَّ أن يتنزه عنها.

وسمع يحيى رواية ابن القاسم من كتاب النكاح: فيمن نعي لها زوجها تنكح ثم

يقدم، فتقول: قد نعي لي، وليس ما ادعته فاشيا لا ترجم، دعواها شبهة.

ابن رُشْد: ظاهره ثبوت نسب ولد الزوج للشبهة، ولو أقرت على نفسها أنها تزوجت دون نعي لها، وهي عالمة أنه حي، وأن ذلك لا يحل لها حدت، وثبت نسب ولدها لمن تزوجها على كل حال، إن كان تزوجها بعد حيضة وولدت لما تلحق بمثله الأنساب.

الصقلي: من تزوجت في عدتها من طلاق رجعي وحملت من الثاني ففي كون نفقتها عليه؛ لأن الحمل منه وحبسها عن الأول أو عليه لبقاء عصمته قولا بعض فقهائنا وغيره.

ابن زرقون: نظائر المنعي لها خمس: مسألة المفقود، وزوجة الذمي تسلم وزوجها غائب، فيظهر أنه أسلم قبلها أو في عدتها، في كونه أحق بها أبدا أو ما لم يدخل بها الثاني، ثالثها: إن أسلم قبلها فالأول وإلا فالثاني للمغيرة وابن القاسم وعبد الملك، ومن علمت بالطلاق وجهلت الرجعة، ومن أسلم عن عشر اختار منهن أربعا فظهر أنهن أخوات.

قال إسماعيل: إن طلق عليه السلطان فله تمام الأربع منهن.

ابن الماجِشُون: ما لم يتزوجن.

محمد بن عبد الحكم: يفسخ نكاح من يختار منهن، وإن تزوجن ودخل بهن إن لم يوقع هو على البواقي طلاقا إلا بنفس اختيار الأربع.

والأمة تعتق فتختار نفسها ثم يتبين أن زوجها عتق قبل عتقها.

قال ابن القاسم: زوجها أحق بها ما لم يبن بها الثاني.

عبد الملك وأَصْبَغ: إن عتق قبل عتقها فهو أحق، وإن ولدت من الثاني فإن عتق بعد عتقها قبل خيارها فهو أحق بها ما لم يبن بها الثاني.

وقال اللخمي: اختلف في فوت الأمة بالعقد أو البناء.

ثالثها: لا تفوت، وقول عبد الملك وأَصْبَغ رابع.

قُلتُ: زاد أبو عمران في نظائره: زوجة الأسير تتزوج لردته المجهول كونها طوعا أو كرها، ثم يظهر أنها كره فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، ومن فوضت لولييها فزوجها كل منهما من رجل فالأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني.

[كتاب الرضاع]

الرضـاع: عرفًا وصـول لـبن آدميٍّ لمحلٍّ مظنـة غـذاء آخـر لتحـريمهم بالـسعوط والحقنة[1]، ولا دليل إلا مسمى الرضاع، لبن أنثاه محرمٌ إجماعًا، وفي لغو لبن الرجل ثالثها: يكره للمشهور، وابن اللبان الفرضي مع اللخمي وبعض شيوخه، وابن شعبان

(1) قال الرَّصاع: ذكروا أنه يقال الرضاع بفتح الراء وكسرها ويقال الرضاعة والرضاعة كذلك ويقال رضع رضعا، وهو القياس ويقال أرضعت إرضاعا قوله ﷺ (عرفا) معناه عرفا شرعيًّا، وخصص هذا المحدود ذلك مع أنه إنما يحد الحقائق الشرعية إشارة إلى أن الرضاع غلب في المعهود بين الناس، وهو ضم الشفتين على محل خروج اللبن من ثدي لطلب خروجه لكن الفقهاء حيث حكموا بأن الحقنة والسعوط يقع التحريم بهما دل ذلك على أن الرضاع عرفا شرعيا صادق عليهما وتقدم البحث في نظير ذلك حيث قدمنا الكلام على قوله ويلحق به المتغير في الماء المطلق فكذا يقال هنا لعله مما ألحق بالرضاع احتياطا في الباب لا أن العرف يصدق عليه أنه رضاع وفيه.

(فإن قلت): كيف يقول: لتحريمهم وهذا يقتضي الاتفاق على التحريم، وقد نقل الخلاف بعد ذلك في السعوط.

(قُلتُ): الجواب عن ذلك أنه إن وصل الجوف فلا خلاف فيه والخلاف إذا لم يصل فالتحريم من حيث الجملة متفق عليه فصح قوله أولا مع قوله آخرا والله أعلم وأورد على الشيخ: بأن رضاع الكبير لا يحرم وأجاب بأن المحدود ما صدق عليه أنه رضاع وكونه لا يحرم أمر آخر وراءه فالمحدود ماهية الرضاع بما هو لا أفرادها والله الموفق قوله: (وصول لبن) جنس ولم يقل إيصال لبن؛ لأن الوصول أعم والإيصال أخص؛ لأن الوصول بلوغ اللبن إلى ما ذكر أعم من كونه بموصل وصله وقصد وصوله أم لا، وإيصاله قصد فاعل وصوله، وقد تقدم في نظيره نظر، وقوله لبن أخرج به وصول ماء وما شابهه أو غذاء قوله آدمي أخرج به لبن غير الآدمي على مذهب مالك وحده هنا أعم من الرضاع المعتبر وغيره؛ لأن رضاع الكبير لا يؤثر ويصدق عليه الحد فلو أراد الرضاع المؤثر لغيره ويدخل لبن الميتة باتفاق وكذلك لبن الصغيرة على الخلاف وكذلك يدخل فيه لبن العجوز، ويدخل فيه رضاع الكبير ولبنه على القول به لا على المشهور، فإن قيل ابن الحاجب ذكر في الشروط آدمية أنثى، والشيخ قال: آدمي وكل مشكل.

قُلتُ: شارحه أجاب عن قوله أنثى بأن اللفظ قابل أن يريد به النفس، وهي أعم فخص ذلك، والشيخ هنا أراد التشبه قوله: (بمحل) إلخ ليدخل به الحقنة والسعوط والكحل على من يقول به وأخرج بقوله اللبن الماء الأصفر، فإنه لغو ويدخل في كلامه اللبن المخلوط ولبن الذكر على الخلاف واعتبار ما يحرم به فيه تفصيل وإطلاق اللبن يصدق على مصة واحدة وهو كذلك وهنا مسائل ينظر فيها مع حده - رحمه الله ونفع به-.

عن رواية أهل البصرة.

اللخمي: يحتمل أن يريد مالك بالكراهة التحريم، ولغير واحد عن ابن سَحنون عن ابن القاسم: الماء الأصفر من الثدي لغوٌ لا يحرم إلا اللبن المغذي.

وفي اعتبار لبن صغيرةٍ لا توطأ ولغوه نقل اللخمي عن ظاهر المذهب والجلاب.

قُلتُ: وهو قول الكافي. والمعروف لبن الميتة كالحية.

ابن بشير: يجري في المذاكرة نقل لغوه، وعزاه ابن شاس لنقل ابن شعبان.

وفيها: إن رضع صبيٌّ ميتةً علم بثديها لبنٌ حرم، وقول ابن الحاجب في لبن من نقصت عن سن المحيض قولان، وقبوله ابن عبد السلام لا أعرفه، وقول ابن هارون: إنما ذكر الأشياخ الخلاف فيمن لم تبلغ حد الوطء صوابٌ، وقول ابن عبد السلام: قال ابن رُشْد: لبن الكبيرة التي لا توطأ من كبرٍ لغوٌ لا أعرفه؛ بل في مقدماته تقع الحرمة بلبن البكر والعجوز التي لا تلد، وإن كان من غير وطء إن كان لبنًا لا ماءً أصفر، ومفهوم قول أبي عمر في الكافي: لبن العجوز التي لم تلد إذا كان مثلها يوطأ يحرم مثل ما نقل عن ابن رُشْدٍ.

وفيها: لغو رضاع الكبير غير مقارب الحولين.

الباجي: لم يأخذ بالتحريم برضاع الكبير أحدٌ من الفقهاء، وانعقد الإجماع على خلافه.

قال محمد: لو أخذ أحدٌ بحديث سهلة: **«أرضعيه خمس رضعاتٍ»**[1] في الحجابة فقط لم أعبه، وتركه أحب إليَّ.

والمخلوط بطعامٍ أو دواءٍ - واللبن غالب - محرم وعكسه فيها لغو، وحرم به الأخوان، وصوبه اللخمي في الطعام والدواء غير المبطل غذاؤه. قال: وغيره مشكل، وعزا ابن حارث الثاني لابن حبيب عن أصحاب مالك، وعلى المشهور في اعتبار لبن امرأتين خلطا مطلقًا وإلغاء المغلوب منهما كالطعام تخريج ابن محرز على إضافة لبن ذات زوج بعد زوج لهما.

---

(1) أخرجه مالك: رقم (1265) في كتاب الرضاع باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر.

ونقل عياض تردد بعضهم فيه والتخريج أحروي، لتحقق مقارنة وجود كل من اللبنين الآخر في لبن المرأتين وعدمه في لبن الرجلين.

ونقل ابن عبد السلام تخريج ابن محرز رواية لا أعرفه.

وفيها: المصة الواحدة تحرم ورضاع الشرك والرق كمقابليهما والوجور كالرضاع.

الباجي: روى ابن حبيب: القطرة الواحدة تحرم، وفي التحريم بالحقنة به مطلقًا أو بشرط كونه غذاء، ثالثها: بشرط إن لم يطعم ويسقى إلا بالحقنة عاش، ورابعها: لغوها للباجي مع اللخمي عن ابن حبيب، ولها ولهما عن محمد ولابن المنكدر حكى بعض المصريين عن مالك: أن الحقنة لا تحرم، ونقل ابن بشير قول محمد تفسيرًا لها وأبعد وجوده، وفي التحريم بالسعوط مطلقًا، أو إن وصل للجوف قولا ابن القاسم وابن حبيب معها، وفي الكحل به مخلوطًا بعقاقير توصله للجوف ولغوه قولا ابن حبيب وابن القاسم، فما في الحولين لمستمر الرضاعة محرم.

وفي لغوه فيما زاد عليها مطلقًا، وتحريمه في يسيره نقل الباجي عن ابن الماجِشُون مع أبي الفرج والمعروف، وعليه في قدرها للخمي خمسة في المختصر لمالك الأيام اليسيرة، وله في الحاوي كسَحنون: نقصان الشهور.

ابن القصار: شهر، ورواه عبد الملك، وفيها: شهران، وروى الوليد: ثلاثة. قال: هذا في مستمر الرضاع أو الأكل معه ما يضر به الاقتصار عليه دون رضاع.

ولابن القاسم: إن فطم ثم أرضعته امرأةٌ بعد فصاله بيومين أو ما أشبه ذلك حرم؛ لأنه لو أعيد للبن كان قوة في غذائه.

قُلتُ: هو نصها له ولمالك في الحولين وبعدهما.

وسادسها: نقل ابن رُشْد يومان، ولو انتقل لطعام قبل الحولين ففي لغو رضاعه بعد زيادة على يومين وتحريمه، قولها، ونقل اللخمي عن الأخوين مع أَصْبَغ قائلا: إن كان مصتين لم يحرم، وإن رد للرضاع دون طعام حرم.

وعزو الباجي وابن حارث والشيخ الأول لأَصْبَغ خلاف عزو اللخمي، وعزا ابن حارث الثاني أيضًا لابن حبيب وابن نافع وعيسى في العتبيَّة ولم أجده فيها.

[باب ما يثبت به التحريم من الرضيع من مرضعه]

والرضاع: يثبت أمومة المرضعة وأبوة من له لبنها بوطء يلحق ولده به كالولادة[1].

[باب في النسبة الملغاة في الرضاع]

والنسبة فيه، إن لم تماثل النسبة في النسب أو الولادة ألغيت[2]؛ فنسبة أخ الأخ غير

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (أمومة المرضعة) أطلق في المرضعة كانت حرة أو أمة ذات زوج أو سرية أو بغير زوج كما إذا درت البكر على صبي، وإذا تقررت الأمومة لزم من ذلك أن ما ولدت المرأة كان أخا للرضيع إما شقيقا أو لأم كان متقدما أو متأخرا قوله: (وأبوة من له إلخ) أشار بذلك إلى أن المرأة المرضعة إذا كان لها زوج، فإنه صاحب اللبن بشرط أن يقع وطء منه للزوجة من صفة ذلك الوطء أن يلحق الولد بالواطئ، وأخرج بقوله وطء إذا لم يقع منه وطء بل وقع منه عقد كما إذا درت البكر ورضعها صبي، وكان رجل عقد النكاح عليها ثم فارقها ولم يطأها، فإن ذلك لا يثبت به الأبوة للزوج، وهذه الصورة قد ذكرها الشيخ ابن عبد السلام وصيرها محل نظر فانظره قوله: (يلحق ولده به) أخرج ولده به إذا زنى بامرأة، فإن اللبن لا يوجب تحريما في حق صاحب اللبن؛ لأنه لا يلحق فيه ولد وهو ظاهر، ويدخل في ذلك أيضًا مدة لحوق الولد بالزوج في النكاح وذلك أن الزوج إذا لم تزل الزوجة في عصمته فلا إشكال فيها وإن فارقها، ولم تتزوج، فإن اللبن لا يزال محكوما به للزوج الأول ما لم تطل المدة كخمس سنين، فإنه لا يلحق فيها ولد على ما ذكره سَحنون، ويكون أشار إلى ما ينقطع به اللبن على الخلاف في ذلك وفيه نظر والظاهر الأول، وهو الاحتراز من الزنا إلا على قول ابن الماجِشُون في مثل ذلك والله أعلم.

قوله: (كالولادة) يعني كما أن الولادة من الأب أو الأم يثبت بها حكم الأبوة أو الأمومة فكذا في الرضاع والله سبحانه أعلم.

(2) قال الرَّصاع: يؤخذ من كلامه أنها النسبة التي لم تماثل النسبة في النسب أو الولادة، ومعنى ذلك أن النسبة في النسب تقدم ما يجمعها في ضابطها، وهي السبع التي حرم الله تعالى بالنسب فالأم كل من لها عليك ولادة، وإن علت والبنت كل من لك عليها ولادة، وإن سفلت والأخت كل من جمعك وإياها صلب أو بطن فلا تحرم عليك أخت أختك من أبيها إذا كانت أختا لأم لك ولا أخت أختك من أمها إذا كانت أختا لأب لك بخلاف إذا كانت شقيقة، فإن أختها تحرم عليك قطعا وأجر ذلك في العمات والخالات، فإذا رضع صبي امرأة فلا تحرم على أخي الرضيع أو أولاد المرضعة؛ لأن النسبة الواقعة بينهما إنما أثرت؛ لأن ولدها أخ الأخ الرضيع وهذه النسبة من حيث ذاتها لا توجب تحريما في النسب؛ لأنا قررنا أن أخت الأخت في النسب الغير الآيل إلى ذلك لا يوجب تحريما، وإنما

آيلة لغير ذلك لغو، وإلا اعتبرت فمحرمها في أحدهما محرم كابنة الأب فيه وابنة الأم، ومقابله مقابله، كابنة العم فيه وابنة الخالة وهي معتبرة، ولو تأخر فيها الرضاع عن محل موجبه، ونذكر مسائل تمثيلا.

[باب النسبة الموجبة التحريم في الرضاع]

فيها: من تزوج صبية فأرضعتها أمه أو أخته أو جدته أو ابنته أو ابنة ابنه أو امرأة ابنه أو امرأة أخيه أو بنت أخيه أو أخته حرمت عليه(1).

=

يوجب ذلك من حيث جمع الصلب أو البطن بينهما كما قررنا في رسم الإخوة فلذا قال: في النسبة الملغاة كنسبة أخ الأخ غير آيلة إلى ذلك بمعنى أن هذه النسبة المجردة لا عبرة بها من ذاتها.

(فإن قلت): كيف صح للشيخ: أن صير قسم الشيء قسيما له؛ لأن النسب هو أعم من الولادة لقولهم حرم الله سبحانه سبعا من النسب وستا من الرضاع وأدخلوا في حرمة النسب الأمومة والأبوة للولادة.

(قُلتُ): يمكن أن يكون النسب هنا المراد منه نسب خاص، وهو القسيم للولادة؛ لأنه لما قرر ما تثبت به الأمومة في الرضاع والأبوة ذكر بعد ذلك غير ذلك مما اقتضاه النسب، وإن النسبة الثابتة في الرضاع إن جرت على غير نسبة النسب من غير ولادة أو على الولادة فلا أثر لها كالصورة المذكورة في أخ الأخ، فإنها ملغاة شرعا لا يثبت بها حكم وأجر على منوال ذلك في أمثلة كثيرة ولذا وقع في السماع في أخوين ولد لأحدهما جارية وللآخر غلام فأرضع أحدهما أم أبويها. قال: لا يتناكحان أبدا.

قال ابن رُشْد: لأنها إن أرضعت الذكر فهو عم للصبية، وإلا فهي عمة للصبي.

قال: وهذا إذا كان الأخوان شقيقين أو لأم، وأما إن كانا لأب وأرضعت أحد الصبيين جدة الآخر من غير وطء الجد فلا يقع تحريم؛ لأن أخت العم وعمة الأخت من الرضاعة والنسب حلال كأخت الأخ وعمة العم فتأمل ذلك.

(1) قال الرَّصاع: قال: ما معناه النسبة التي ماثلت النسبة في النسب أو الولادة، ومعنى ذلك أن النسبة التي تتقرر في الرضاع إن شابهت نسبة في النسب كنسبة أنها أم أو بنت أو أخت أو عمة أو خالة أو بنت أخ أو بنت أخت فهذه النسبة يعتبر التحريم بها بخلاف نسبة ما تقدم في أخ الأخ أو أخت الأخت من حيث ذاتها فلذا قال بعد: فمحرمها في أحدهما محرم يعني فحرم النسبة في نسبة النسب أو نسبة الولادة مما تقرر فيه التحريم فهو محرم في الرضاع كابنة الأخ في الرضاع، فإنها تحرم؛ لأنها أوجبت نسبة في النسب توجب الحرمة؛ لأن بنت أبيه محرمة عليه؛ لأنها إما شقيقة أو لأبيه فهي أخته، وكذلك بنت الأخ للأم، ثم قال ومقابله مقابله بمعنى وغير المحرم في النسب أو الولادة غير

=

وسمع سَحنون ابن القاسم في أخوين ولد لأحدهما جاريةٌ وللآخر غلامٌ فأرضع أحدهما أم أبويهما لا يتناكحان أبدا.

ابن رُشْد: إن أرضعت الصبي صار عما للصبية وفي العكس العكس، وهذا إن كان الأخوان شقيقين أو لأم، وكذا إن كانا لأب فأرضعت أحد الصبيين جدته أو جدة الآخر بلبن من وطء الجد، وإن كان من غير وطء الجد لم يوجب تحريما؛ لأن أخت العم وعمة الأخ من الرضاعة والنسب حلال كأخت الأخ وعمة العم، وسمعه أَصْبَغ: من وطئ مرضعة صبية بملك أو نكاح حرمت على بنيه.

ابن رُشْد: على قول فقهاء الأمصار أن اللبن للفحل يحرم كما يحرم من قبل الأم، وسمعه: من له امرأتان أرضعت إحداهما أخاه صغيرًا حرمت على الرضيع الأخرى.

أَصْبَغ: من أرضعته جارية جده بلبن من وطئه حرمت عليه بنات عمه. قال: ومن أرضعتها جدتها لأمها حرمت على ابن عمها إن كان ابن خالتها؛ لأنها صارت خالته وإلا فلا.

وفي شرح العمدة للشيخ تقي الدين ما نصه: استثنى الفقهاء من عموم قوله ﷺ: **«يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب»**(1) أربع نسوة يحرمن من النسب، وقد لا يحرمن من الرضاع.

محرم في الرضاع كابنة العم فيه وابنة الخالة، ثم ذكر مسائل تمثيلا انظره، ولما ذكر الشيخ: هذا الكلام أشار بعد ذلك إلى توهم الشيخ الإمام تقي الدين في زعمه أن قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، وأن ظاهره كل ما يحرم بالنسب فهو يحرم بالرضاع، ثم ذكر ما يخصص ذلك بالإجماع وذكر أربع صور خارجة عن العام.

قال الشيخ: وهذا وهم؛ لأن المخرج من العام لا بد أن يدخل تحته والصور المذكورة لم تدخل تحته بوجه ثم بين ذلك بما تقف عليه فيه وما ذكره صواب؛ لأن الذي يحرم بالنسب ذكروا له ضابطا يجمعه؛ ولا يصدق ذلك على الصور المستثناة إذا تأملته، وقد ذكر الشيخ الشبيبي الأربعة الصور وزاد صورتين انظره وانظر انتهاز الفرصة، فإن الشيخ ابن مرزوق سئل عن كلام الشيخ وذكر ما يليق به فتأمله، وفيه ما يبحث فيه والله سبحانه أعلم.

(1) أخرجه البخاري: 147/6 في الجهاد، باب ما جاء في بيوت أزواج النبي ﷺ، وما نسب من البيوت إليهن، ومسلم: رقم (1444) في الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

الأولى: أم أخيك وأم أختك من النسب هي أمك أو زوجة أبيك كلتاهما حرام، ولو أرضعت أجنبية أخاك أو أختك لم تحرم.

الثانية: أم نافلتك، أما بنتك أو زوجة ابنك كلتاهما حرام، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك بأن ترضع أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك من النسب أمك أو أم زوجك كلتاهما حرام، وفي الرضاع قد لا تكون أما ولا أم زوجك كما إذا أرضعت أجنبية ولدك فأمها جدة ولدك وليست بأمك ولا أم زوجتك.

الرابعة: أخت ولدك من النسب حرام؛ لأنها ابنتك أو ربيبتك، ولو أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك وليست ببنت ولا ربيبة.

قُلتُ: قوله هذا مع جلالة قدره وحلوله بالدرجة الرفيعة في الأصول والفروع غلطٌ واضحٌ؛ لأن الاستثناء من العام بغير أداته، وهو التخصيص إنما هو فيما اندرج تحت العام لا فيما لا يندرج تحته حسبما تقرر في رسم التخصيص، كقول ابن الحاجب وغيره قصر العام على بعض مسمياته، وقول أبي الحسين: إخراج بعض ما يتناوله الخطاب وغيرهما من التعريفات الملزوم جميعها أن التخصيص إنما هو فيما اندرج تحت العام، والعام في مسألتنا هو قوله ﷺ: **«ما يحرم من النسب»**(1)، والنسوة المذكورات المدعى تخصيص العام المذكور بهن لا شيء منها بمندرج تحت ما يحرم من النسب بحال، أما ما في المسألة الأولى فما ثبت فيه التحريم بالنسب لا بالاندراج تحت قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: 23]، وتحت قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: 22]، وبالضرورة أن المرأتين المذكورتين في الرضاع لا يصدق على واحدة منهما أنها أم بالرضاع ولا منكوحة أب به، وإنما غره في ذلك توهمه أن التحريم في صورتي النسب ثبت في المرأتين من حيث كون إحداهما أم أخيك، ومن حيث كون الأخرى أم أختك، وذلك وهم يدركه من تأمل وأنصف،

---

(1) أخرجه البخاري: 9/121 في النكاح، باب: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾، ومسلم: رقم (1447) في الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل.

وتقرير هذا في سائر المسائل واضح فلا نطول بذكره، وإذا ثبت عدم اندراجها تحت العام المذكور امتنع كونه مخصصا بها، ولا أعلم من ذكر هذه المسائل على أنها مخصصة للحديث كما زعمه، إنما أشار ابن رُشْد بها إلى بيان اختلاف الحكم في مسمى اللفظ الإضافي، وهو أم أخيك وأم أبيك، فإنه في المعنى النسبي التحريم، وفي الرضاع ليس كذلك، وكذا في سائرها.

ولبن وطء الحرام للمرضعة محرم اتفاقًا.

وفي الرجل: قال اللخمي: إن لحق به الولد حرم له كمتزوج ذات محرم جهلا أو عمدا على عدم حده، وفيما لا يلحق به كالزنا والغصب قول ابن حبيب قائلا إليه رجع مالك، وأول قوليه ابن رُشْد: بالثاني.

قال سَحنون: وقال ما علمت من أصحابنا من قال لا يحرم إلا عبد الملك وهو خطأ صراح، وقد أمر ﷺ سودة أن تحتجب من ولد ألحقه بأبيها لما رأى من شبهه بعتبة[1].

محمد: إن أرضعت بلبن الزنا صبية لم تكن ابنة لمن زنا بها، فإن تزوجها لم أقض بفسخ نكاحه، وأحب اجتنابه من غير تحريم.

اللخمي: في التحريم بلبن واطئ أمته حاملا من غيره قولا سَحنون مع ابن القاسم ومالك وابن شعبان، وفي عتق ذلك الحمل عليه بحكم أو دونه، ثالثها: لا عتق لليث ورواية ابن حبيب وسَحنون: وتحرم عليه إن كانت جارية.

وفي كون رضيع من تزوجت فأتت بولد لأقل من ستة أشهر بلبنها بعد الوضع ابنا للأول أو لهما قولا ابن شعبان وابن القاسم قائلا: وإن لم يكن لها لبن متحرك؛ لأن الوطء يخرجه ويدره.

اللخمي: يريد: أن قرب اللبن من الوطء، وإن بعد وصار لها لبنٌ على المعتاد للحامل عند الوضع ضعف أمر الثاني.

---

(1) أخرجه البخاري: 5/278 في الوصايا، باب قول الموصي لوصيه: تعاهد ولدي، ومسلم: رقم (1457) في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات.

عبد الحق في بعض التعاليق عن أبي عمران: لم يختلف أصحابنا في أن لبن الآتية بولد لأقل من ستة أشهر لنكاحها في عدتها أنه للزوجين معا، وكذا الولد المنفي إذا نفاه أحد الزوجين أو نفياه، فلبنه لهما.

وفي كون لبن الأمة تلد من وطء سيدها في طهر ما ألحق بأحدهما لهما أو لمن ألحق به نقلا اللخمي عن محمد وابن شعبان.

وفي كون لبن من صار لها بوطء من تزوجها في العدة، أو وطء من ملكها في استبرائها لهما أو للأول نقلاه عنهما.

وقول ابن شاس وابن الحاجب وقبوله ابن عبد السلام: المنكوحة إن وطئت بشبهة فأتت بولد محتمل فلبنها لمن ينسب إليه الولد، وقال محمد: لهما يقتضي أن المذهب الأول خلاف ما تقدم للخمي إنما عزاه لابن شعبان.

الشيخ عن كتاب ابن سَحنون: من وطئ أمته وهي متزوجة أو بعد أن طلقت وهي حامل أو مرضع أو كانت أمة لعبده فلبنها للزوج والسيد لحق الولد بالزوج أو عبده.

وفيها مع غيرها: لبن الواطئ له ما استمر.

قُلتُ: ظاهره ولو طال.

عبد الحق: ذكر لأبي عمران أن سَحنونا قال: من طلق زوجته وتمادى بها اللبن إن جاوزت خمس سنين، وهي مدة ما تلحق فيها الأنساب، انقطع كونه له، فقال: ما أعرفه له، ولم أره في كتاب ابنه في الرضاع، وقد استقصاه فيه، ووجهه إن صح أن الرضاع لا يكون أقوى من النسب، وإن كان يعترض هذا بمن أسنت وقعدت عن الحيض فتزوجت ودرت ثم طلقها الزوج وهي لا تحمل فليس العلة الحمل، وكان الشيخ ترجح فيه، ونحا إلى أن قول سَحنون خلاف المدَوَّنة، ذكر فيها: إذا لم ينقطع اللبن من غير حد ولو وطئ ذات لبن زوج ثانٍ ففي كون لبنها لهما ولو ولدت، وكونه للثاني فقط، ثالثها: بولادته للباجي عن ابن القاسم مع رواية ابن نافع وابن زرقون عن محمد، والمشهور وابن شعبان عن ابن وَهْب وكتاب الوقار.

عبد الحق: قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن حكم لبن الزوج

الأول ينقطع بولادتها من الثاني، وإنما الخلاف إذا حملت منه.

وفي الموازيَّة عن مالك: أنها إن وضعت من الثاني لا ينقطع حكم لبن الأول، وذكر اللخمي الأخيرين، وقال فيها: هو ابن لهما، وإن حملت من الثاني، وفي الموازيَّة: وإن ولدت.

وفي كونهما عنده قولين فتصير الأقوال أربعة نظر، ومقتضى قول ابن زرقون أنهما قول واحد، ولفظ الباجي: لو تزوجت مرضع بعد عدتها فحملت ثم أرضعت طفلا، فقال ابن القاسم: هو ابن لهما ما استمر لبن الأول، ورواه ابن نافع، ولم يذكر محمد فحملت ولا معنى له، إنما المعتبر وطئه، وقاله القاضي، ورابعها: لابن بشير: ينقطع عن الأول بحملها.

اللخمي: أرى إن حدث لبنها بوطء الأول استمر حكمه، ولو طال بعد ولادتها ما لم يبعد بعد قطعه، فيخص الأول إن عاد وطؤه، وإن كان لبنها قبل الأول وتعلق حكمه؛ لأنه كثره انقطع بطول عهده، مما يرى أنه عاد لما كان قبل وطئه، ولو أمسك الثاني عن وطئها زمنا طويلا وعاد لبنها لما كان عليه سقط حكمه، ولو وطئها ثالث بنكاح ولبن ولادة الأول مستمر سقط حكم الثاني بطول عدم وطئه ولبنها للأول والثالث.

[باب في الغيلة]

والغيلة: في كونها وطء المرضع أو إرضاع الحامل قول مالك، ونقل اللخمي، وعزاه أبو عمر للأخفش.

وفيها: عزوه لناس والمذهب لا يكره.

الصقلي في الواضحة لابن الماجِشُون: الغيلة وطء المرضع، حملت أم لا، أنزل أم لا، العرب تتقيه شديدًا.

أبو عمران: ما أدري قوله: أنزل أم لا، وما هي إلا مع الإنزال إلا أن يزيد ماؤها في تضعيف اللبن.

الباجي: من استؤجرت لإرضاع بإذن زوجها، ففي منع ولي الرضيع زوجها

وطأها مطلقًا، أو إن شرطه في العقد أو بان ضررها للصبي قولا ابن القاسم وأَصْبَغ.

وحدوث أخوة الزوجتين يوجب تخيير الزوج في فراق إحداهما، وتقدم قول ابن بكير في فصل إسلام الزوج عليهما، وفي غرمه لمن ترك منهما نصف مهرها أو ربعه، ثالثها: لا غرم لعبد الحق عن ابن حبيب ومحمد، وللشيخ عن ابن القاسم في غير الموازيَّة، وحكم إغرام متعمدة إرضاع الفسخ تقدم فيه.

وفيها: إن شهدت بينة بإقرار أحد الزوجين بأخوتهما برضاع قبل نكاحهما فسخ.

اللخمي: إقراره يوجب فراقه مطلقًا، وعليه المهر إن بنى وإلا فلا إن تقدم على عقده، وإلا فكطلاقه إن كذبته، وإلا سقط النصف، وإقرارها قبل العقد يفرق وبعده إن صدقها وإلا فلا، والفرقة بإقرارها تسقط مهرها.

اللخمي: ولو دخلت لأنها غارة إلا أن يدخل عالما به فيجب.

قُلتُ: لعبد الحق عن ابن الكاتب: إن غرت ترك لها ربع دينار، وقبله الصقلي والمتيطي كاللخمي في إطلاق غرمها الصداق.

الصقلي عن ابن القاسم: ليس قول الرجل: هذه أختي، أو قول المرأة: هذا أخي كقول الأجنبي فيهما؛ لأن إقرارهما على أنفسهما كالبينة القاطعة.

قُلتُ: يجب تقييد قوله: أختي وأخي بزيادة من الرضاعة نصًا أو سياقا لسماع القرينين: من تزوج امرأة شهد عليها أنها كانت تقول لمن تزوجها قبل نكاحها: أخي أخي لم تحرم عليه، في كلام الناس قول المرأة للرجل: أخي أخي ولا قرابة بينهما.

ابن رُشْد: لأن المؤمنين بعضهم لبعض إخوة، وكقول الرجل لزوجته: يا أختي لا يكون طلاقا، وكقول رجل لصبي لا يعرف نسبه: يا بني افعل كذا لا يكون استلحاقا.

قُلتُ: ولا قذفا لمعلوم النسب.

وفيها: لو قال الأب: رضع فلان أو فلانة مع ابنتي الصغيرة أو مع ابني الصغير ثم قال: أردت اعتذارا لم يقبل.

ابن القاسم: وإن تناكحا فرق بينهما، فإن رشد الولد ففي كونه كذلك وصيرورته كأجنبي، ثالثها: إن كان أنكحه صغيرا لنقل اللخمي مع الصقلي كأنه المذهب، وقول اللخمي: كأنه المذهب، وأبي حفص العطار مع قول عياض: إن لم يعقد الأب النكاح

حتى رشد ابنه وابنته وجاز أمرهما فهو كأجنبي، واختلف إن فسخ نكاحها بقوله: (ثم رشدًا) هل ذلك تأبيد تحريم كالحكم بصحة رضاعها، وهو قول غير واحد أو لا.

وفيها: إن قالت الأم: أن فلانا ابن عمها كانت أرضعته، ثم قالت: كنت كاذبة، إنما أردت منعه منها لم يقبل رجوعها، ولا أحب له تزويجها، وفي ثاني أنكحتها.

قُلتُ: وكذا أمي إذا لم تزل يسمعونها تقول: أرضعت فلانة فلما كبرت أردت تزويجها. قال: قال مالك: لا يتزوجها، ففي كونه نهي تحريم أو تنزيه والأم كغيرها، ثالثها: إن كانت وصيا لابن حبيب مع محمد وفضل مع يحيي بن عمر وعياض قائلا: هو بين في كتاب الرضاع، ونقله.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب النكاح: من قال في امرأة أراد تزويجها فقالت له أمه: أرضعتها، امرأته طالق إن كانت حلالا إن لم أتزوجها، أرى أن تطلق امرأته ولا يتزوجها، فإن اجترأ وتزوجها لم يقض عليه بطلاقها؛ لأنه لا يكون في الرضاع إلا امرأتان.

ابن رُشْد: لم يقض بطلاقها؛ لأن تزويجه إياها مكروه لا حرام؛ لأنه ﷺ أخبر برضاع امرأة فتبسم، وقال: **«كيف وقد قيل»**[1]، وقال: **«الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه»**[2] فندب ﷺ إلى اتقاء الشبهات ولم يحرمها، وهذا من الشبهات؛ إذ لا يوقن بصحة قول أمه، ولا يجب عليه تصديقها؛ لاحتمال إرادتها منعه نكاحها، إلا أن يكون فشا قولها ذلك فيحرم عليه نكاحها.

---

(1) أخرجه البخاري: 184/5 في الشهادات، باب إذا شهد شاهد أو شهود بشيء، وقال آخرون: ما علمنا بذلك يحكم بقول من شهد، الترمذي: رقم (1151) في الرضاع، باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع، وأبو داود: رقم (3603) و(3604) في الأقضية، باب الشهادة في الرضاع، والنسائي: 109/6 في النكاح، باب الشهادة في الرضاع.

(2) أخرجه البخاري: 117/1 في الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، وفي البيوع، باب الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات، ومسلم: رقم (1599) في المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات.

وفيها لابن القاسم: إن شهد برضاع الزوجين أمهاتها لم تقبل شهادتها إلا أن يكون فشا من قولها قبل النكاح.

قُلتُ: فهما كالأجنبيات في قول مالك. قال: نعم في رأيي.

اللخمي: فعليه لا يقبل قول إحداهما أنها أرضعت الآخر، وشهادة امرأتين به إن فشا قولها به قبل نكاح الرضيعين يثبت، وإلا ففي لغوها وإعمالها نقلا اللخمي عن ابن القاسم مع مالك والأخوين مع ابن وَهْب وابن نافع وأَصْبَغ: وصوبه بأن سكوتها قد يكون لعدم الحاجة إلا أن يسكتا بحضرة نكاحهما.

وعزاه ابن رُشْد لسَحنون قال: ومعناه إذا كانتا عدلتين، ولا يشترط مع الفشو عدالتهما على قول ابن القاسم وروايته. قال: وفي قبول شهادة الواحدة مع الفشو قولان لسماع ابن القاسم مع ظاهر ثاني نكاحها وقول رضاعها.

المتيطي: لابن حبيب عن ابن القاسم: من شهدت امرأته برضاعه مع زوجته وكان قولها فاشيا يؤمر بفراقها دون قضاء.

ابن رُشْد: شهادة امرأتين مع الفشو جائزة، والواحدة دون فشو لغو، اتفاقًا فيهما وفي غيرهما ما تقدم.

ابن بشير: يؤمر بالتنزه في المرأة الواحدة دون فشو، وفي كون الفشو المعتبر في شهادة المرأة فشو قولها ذلك قبل شهادتها، أو فشوه عند الناس من غير قولها قولان لظاهر ما تقدم، وقول المتيطي: هو اشتهاره في المعارف والجيران والأهلين، وفشوه من غير قول المرأة الشاهدة.

ابن حارث: واتفقوا على الفرقة بينهما بشهادة امرأتين برضاعهما مع الفشو، وهذا الاتفاق خلاف نقل ابن القصار عن ابن القاسم: لا يقبل منهن أقل من أربعة ولم يعزه المازري إلا للشافعي وعطاء.

المتيطي وابن عات عن أبي محمد الوتد: أداء شهادة المرأتين لا يكون إلا معا، لا يجوز مفترقتين محتجا بقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: 282]، وضعفه ابن فتحون وغيره.

وفيها جبر ذات الزوج أو طلاق لم تبن به على رضاع ولدها منه، ما لم يكن مثلها لا

يرضع لشرفها أو مرضها أو قطع لبنها.

اللخمي: لذات الشرف رضاعه بأجر.

وفيها: إن مات أبوه وله مال استؤجر له، والأم أحق به إن قبل غيرها وإلا لزمها بأجر، فإن لم يكن له مال ففي لزومه في لبنها معروف المذهب، ونقل الصقلي عن القاضي: هو من فقراء المسلمين، فإن لم يكن لها لبن ففي وجوبه في مالها سماع أَصْبَغ، ونقل ابن رُشْد عن إسماعيل القاضي والتونسي: فإن بانت ولا حمل فعلى الأب، فإن أعسر ولم يقبل غيرها لزمها، ولو قبله ففي لزومها رضاعه أو الأجرة له أو على بيت المال قولا المشهور والجلاب.

وسمع القرينان: من طلق امرأته حاملا ترضع عليه نفقة حملها ورضاعها معا.

ابن رُشْد: في الرضاع منها على المرأة رضاع ولدها بعد طلاقها في عدتها ما دامت النفقة على الزوج، فجعله بعض الناس خلاف هذا السماع وليس بصحيح؛ لأن قوله في الرجعية الرضاع عليها؛ لأنها في عصمته، ونفقة البائن لحملها ووجوبها لحملها لا يسقط أجر رضاعها الواجب لها بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

قُلتُ: قول بعض الناس هو قول ابن سهل دليل المدَوَّنة ليس لها إلا نفقة الحمل، وهو الأظهر، وحيث وجب للأم بأجر فهو أجر المثل. قاله ابن الكاتب وغير واحد.

وفي طرر ابن عات: إن اختلفا في الأجرة؛ فحكى ابن فتحون عن أبي الوليد بن ميقل: أنه سئل عن ذلك، فقال: على الزوج الموسر ديناران في الشهر، وعلى المتوسط دينار وأربعة دراهم، وعلى العامل بيده دينار، وإن لم ترض الأم بذلك فللأب أخذه إلا أن لا يقبل غيرها، فتجبر على إرضاعه بأجر مثله.

ابن عات: ولا سكنى للرضيع مدة رضاعه؛ لأن مسكنه حجر أمه. قال: كذا في بعض الكتب.

قُلتُ: لابن سهل عن ابن عتاب: المطلقة المرضعة المخدومة قبل طلاقها لا خدمة لها، ويحتمل أن تزاد في الأجرة لمؤنة الولد.

ابن سهل: وفي المدَوَّنة: في إرخاء الستور خلاف هذا في باب نفقة الحامل.

وقال ابن وَهْب: لا خدمة عليه له، وبه جرى العمل، فلو وجد مرضعة بدونه أو مجانًا، ففي سقوط حقها إلا بها وجد.

نقل ابن رُشْد روايتي ابن وَهْب وابن القاسم فيها، وصوبه اللخمي: إن قل ما نقص عن أجر المثل، وعزا عياض الأول لسَحنون، ولمفهوم بعض ألفاظها.

وفيها: ما عجز عنه من أجر المثل سقط.

وفيها: يكره استرضاع الكوافر، وأن يتخذن ظؤرة؛ لما يتغذين به ويغذين الولد، والفاجرة.

وروى ابن حبيب: لا بأس باسترضاع النصرانية إن أمن ما تغذيه به من خمر وخنزير، قد يكون فيها حسن أخلاق وطباع.

ابن حبيب: ورد النهي عن استرضاع الحمقاء.

فهرس الموضوعات